ENRIQUE VESCOVI

INTRODUCCION AL DERECHO

ORIENTACION HUMANISTICA - OPCION DERECHO

DECIMO OCTAVA EDICION

Montevideo
EDICIONES IDEA

© EDITORIAL IDEA S.R.L.
Simón Bolivar 1190 - Tel.: 78 19 85
Montevideo - Uruguay

UNIDAD I

EL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO

CONCEPTO DE DERECHO

NORMA JURIDICA, EL DERECHO POSITIVO Y NATURAL LAS DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO

Individuo, sociedad y Derecho

El hombre es un ser social por naturaleza, siempre ha vivido en grupo con los demás individuos de su especie. El instinto, la necesidad biológica y el sentimiento de debilidad frente al medio, lo llevan a agruparse con los otros hombres sobre un espacio geográfico formando clanes, tribus, Estados, etc.

Decía Aristóteles, que el hombre era un animal político y que sin sociedad sólo podría vivir si fuera algo menos que un hombre -un bruto- o algo más - un Dios-. Y esta idea es admitida hoy, por los autores, sin discusión. Quienes hablaron de un estadio anterior a la sociedad, lo hicieron como una mera hipótesis y si pensaron que realmente los hombres vivieron en una determinada época histórica aislados y luego en cierto momento entraron en sociedad, se equivocaron [1]. La historia, la biología y el razonamiento, demuestran que el hombre siempre vivió en grupos sociales.

Debemos, por consiguiente, considerar los dos aspectos: el individuo en sí mismo como un ser consciente y con fines propios al que hay que tener fundamentalmente en cuenta en nuestros estudios futuros y la sociedad como un hecho real, indiscutible, absolutamente necesario.

---

(1) Los autores contractualistas (PUFFENDORF, HOBBES, LOCKE, ROUSSEAU, etc.), por ejemplo consideraban que el hombre vivió en un primer momento aislado, en estado de naturaleza y que luego por medio del contrato social, entró en sociedad.

Y cuando los hombres viven juntos, la agrupación sólo es posible si sus integrantes se someten a determinadas normas. En efecto, la vida en sociedad presupone cierta organización. El orden constituye la esencia misma del Universo y de quienes lo habitan. Todos los seres están sometidos a ciertas reglas que presiden su existencia y solamente dentro de ellas pueden actuar, con mayor o menor libertad.

Estudiando las sociedades más primitivas puede observarse que los hombres, naturalmente, sin proponérselo, se someten a ciertas disciplinas y obedecen a alguna autoridad. En todos los grupos de hombres observamos que la conducta que siguen los individuos no está librada en sus diversos aspectos a la voluntad de cada uno; se observa que todos se ajustan a ciertas reglas generales. Aun en los más primitivos hay cierta división del trabajo; hay quienes se dedican a la caza y quienes a la guerra, mientras otros laboran dentro del clan o cuidan de los niños; existen también ciertas reglas que todos observan y que adquieren en un principio, fundamentalmente, el carácter de prohibiciones (tabúes); y hay siempre una autoridad encarnada por el más fuerte o por el hechicero o el brujo.

Estas normas -cumplidas mucho antes de ser expresadas- constituyen la serie de reglas que rigen la conducta del hombre en la sociedad, entre las cuales encontramos las de derecho, las morales, las religiosas, los usos sociales. De ellas tenemos que estudiar las jurídicas, aunque en las sociedades primitivas las diversas reglas de conducta se encuentran mezcladas, siendo su diferenciación producto de una época posterior. En los comienzos, el Derecho estaba inseparablemente unido a la Moral y a la Religión. Si estudiamos los antiguos textos sagrados (el Korán, la Biblia, etc.), vemos como el Derecho está mezclado con la Religión y que las normas jurídicas, para las cuales todavía no existe un organismo sancionador, buscan su apoyo en las demás.

El Estado apareció en el campo jurídico después de una prolongada evolución. Y mientras tanto el Derecho, que carecía de este instrumento de apoyo, necesitaba él de las otras normas, especialmente de la Religión para imponer su autoridad. La norma se cumplía más porque lo disponía el brujo o el hechicero, invocando lo sobrenatural, que porque lo mandaba el Jefe de la tribu. En esa época existía en la sociedad una normatividad indistinta, en la cual se mezclaban los preceptos religiosos, morales, jurídicos, etc. Es lo que los latinos llamaban "fas", los griegos "themis", los germanos "site" y los hindúes "dharma".

Las normas de conducta surgen, pues, espontáneamente de la costumbre, que es la fuente más importante del poder social en esta época. La imitación y el hábito expanden esas normas dentro del grupo primitivo; los hombres siguen el ejemplo de sus antecesores, la autoridad de los antepasados es muy poderosa en la vida primitiva. Luego, por hábito se va extendiendo a todo el grupo.

Dichas normas fueron primero difusas y preferentemente comprendieron mandatos negativos. Su fuerza obligatoria nacía solamente de la imitación y del respeto por algún culto primitivo (invocación de los muertos, temor a los fenómenos naturales inexplicables, etc.). El que dejaba de cumplir con ellas recibía la reacción del grupo en forma diversa, sufriendo primeramente algún mal, a veces similar al hecho que había realizado -como en el caso de la ley del talión- o haciéndosele pagar una indemnización, según un sistema mucho más adelantado, que se llama composición.

Poco a poco se opera el paso de lo real a lo normativo, es decir, en vez de repetirse la conducta por simple hábito biológico, por simple costumbre de hacer lo mismo que se ha visto hacer a quienes lo precedieron, el hombre adquiere la convicción de que hay normas que deben ser obedecidas por diversos motivos, predicándose también la separación de los distintos ordenes normativos (Moral, Derecho, Religión, Decoro).

Finalidad y dominio del Derecho

Es en ese momento de la vida social, que el Derecho empieza a adquirir un dominio definido y propio y comienza a delinearse su verdadera finalidad.

La sociedad organizada políticamente -el Estado- toma a su cargo las funciones de regular las relaciones más esenciales entre los miembros de la sociedad, especialmente aquellas en donde podrían producirse más choques y desórdenes. Se trata de las relaciones externas de los hombres. Así por lo regular la posesión de las mujeres y los niños, la distribución de los bienes (propiedad), el cumplimiento de las obligaciones (contratos, etc.), el castigo de los delitos, etc., etc. son todas las relaciones que caen bajo el dominio del Derecho.

En cuanto a las que vinculan al hombre con las fuerzas sobrenaturales (Religión) o las de la vida íntima (Moral), el Estado las fue dejando en manos de corporaciones, dedicándose exclusivamente a la administración del Derecho.

Este se ocupa de la conducta exterior del hombre, de reglamentar sus actos para hacer posible la coexistencia social; esa es su finalidad. Por eso le interesan las acciones de los hombres en su repercusión social, en cuanto lo ponen en relación con los demás individuos. La Religión y la Moral buscarán la perfección individual o la preparación para la otra vida, pero el Derecho trata de obtener una conducta que sea compatible con el orden social; considera las acciones individuales no como el reflejo de una personalidad, bondadosa o no, generosa o no, sino en cuanto esas acciones de un individuo pueden interferir con las de otro integrante del grupo.

Su materia son las relaciones sociales externas, necesarias para la convivencia. Hay otras relaciones entre los hombres -el amor, la amistad, etc.- que no constituyen materia de regulación jurídica, pertenecen al dominio de las otras normas que regulan la vida social: la Moral, la Religión, etc.

Concordante con su finalidad, el Derecho se despreocupa, generalmente, de la intención de la conducta y del acto en sí, buscando la seguridad social.

Por eso se explican los plazos en la vida jurídica que son absolutamente incompatibles con la consideración moral. Para esta disciplina, la obligación subsistirá tanto un día como el siguiente. Para el Derecho -que busca la seguridad social- llega un momento en que las obligaciones se extinguen (prescripción) por el simple transcurso del tiempo, aunque no se haya cumplido con ellas, así como llega un día en que la sentencia judicial es firme (como juzgada), aunque aparezcan nuevas pruebas o documentos que demuestren el error judicial. Pero es que al Derecho le interesa, para la seguridad y tranquilidad sociales, que las facultades y obligaciones de cada uno estén firmes en cierto momento. Cuando dice que la deuda está prescripta al cabo de un tiempo prudencial, lo hace, no para proteger al que no paga, sino para tranquilidad de quien ha pagado. (Después de un tiempo pueden perderse los recibos o las anotaciones o la memoria de testigos y el que obra de mala fe podría reclamar nuevamente el cobro). Cuando se establece que la sentencia definitiva y susceptible de ser apelada, no puede ser revisada, no es para impedir que se busque la verdad con nuevos elementos, sino porque la norma general debe asegurarle a los hombres la seguridad de su situación. Y será preferible equivocarse en uno o más casos, pero establecer, en forma general, una regla que asegure la tranquilidad de la mayoría.

La Moral, en cambio, tiene otra finalidad y otro punto de vista: considera el acto como reflejo de una personalidad interior. Nunca admitirá, por ejemplo, que el deudor no cumpla por simple transcurso del tiempo: considera que la obligación existe un día y también el siguiente, mientras no se pague.

Queda así delimitado el dominio del Derecho por su propia finalidad. Su *función es hacer posible la coexistencia social*, sus normas tienen por objeto la *conducta* externa de los hombres. Y como esas normas deben cumplirse necesariamente para que exista paz, las reglas jurídicas se imponen bajo la amenaza de que, si no se cumple con ellas voluntariamente, se harán cumplir por la fuerza. Porque el Derecho debe ser obedecido; es ésta una condición misma de su existencia, desde que tiene por fin asegurar la convivencia de los hombres.

Acepciones de la palabra Derecho

Cuando uno se pregunta qué es Derecho, se encuentra frente a más de una acepción de esta palabra. Ya dimos una: conjunto de normas que hace posible la coexistencia social. Es evidente que nosotros en nuestra diversa actividad, nos encontramos bajo el imperio del Derecho. Desde que salimos de nuestra casa (y tomamos un ómnibus, por ejemplo realizando un contrato de transporte), cuando entramos en relación con los demás seres, cuando estudiamos y damos exámenes, cuando dictamos clase, cuando transitamos con un vehículo o como peatón, cuando compramos algo, cuando nos casamos, cuando gobernamos o somos gobernados ... En fin, el Derecho, es la vida social misma, tan impregnada está de él. Decía un autor, queriendo destacar hasta donde el Derecho regula nuestas más insignificantes relaciones: "¡qué de relaciones jurídicas son necesarias para que llegue hasta mi la tela con la cual me visto!" [2].

No hay duda, pues, que el Derecho, como norma de conducta, lo encontramos en toda nuestra vida. Pero a veces se habla de Derecho en otro sentido; cuando yo digo que tengo derecho a expresar mi pensamiento, a practicar un culto, a vivir, no me refiero a la norma sino a la facultad que me da la norma para ejercer cierta libertad.

En la primera acepción hablamos del Derecho en general, como *norma* y se llama Derecho *objetivo*. Así decimos, el Derecho romano, las tendencias del Derecho, etc. En la segunda acepción pensamos en Derecho como *facultad* y se llama Derecho *subjetivo*.

Concepto de Derecho

La tarea de encontrar el concepto del Derecho corresponde a la época moderna. Porque si el Derecho ha existido siempre, en cambio los estudios científicos sobre él corresponden al último siglo de la cultura humana [3].

(2) Claude DU PASQUIER.

(3) Dice un autor, concordando con esta afirmación: "parece históricamente comprobado y acaso pudiera ser útil recordando en futuros empeños de demarcación, que en todo el fenómeno complejo del Derecho, lo primero que se presenta es el hecho social, después el hecho político, inmediatamente el hecho jurídico, al que sigue el hecho científico y por último el hecho filosófico. Esto parece ser el orden natural, aunque no infalible. En la Revolución Francesa el hecho filosófico se produjo antes que el hecho político pero no porque aquel fuera causa de éste, pues no es exacto que los filósofos hagan revoluciones" (Mario DIAZ CRUZ, Teoría del Derecho subjetivo, Madrid, 1947, pág. 36).

El Derecho es un conjunto de normas. Después de los estudios de Hans Kelsen, autor cuya influencia es esencial en la aclaración de las ideas sobre la ciencia del Derecho, parece indiscutible que éste es una ciencia normativa.

Kelsen considera que debe usarse, para el estudio del Derecho, un método puro, separándolo de todos los ingredientes ajenos a la verdadera Ciencia Jurídica.

Este autor separa el reino de la naturaleza, la esfera del ser, regida por la ley de causalidad, del mundo normativo, campo del deber ser, regido por las normas. En el mundo natural las leyes expresan lo que es y no puede darse ninguna excepción. En el mundo normativo, en cambio, existen preceptos que pueden ser violados, para cuyo caso prevén una sanción.

El Derecho es ciencia de normas. Su contenido consiste en anunciar cuál es la consecuencia que acaecerá si no se cumple con lo dispuesto por ellas (sanción). La norma aparece, entonces, como el anuncio de lo que seguirá si no se actúa como ella dispone: el que mata será condenado a tal pena, etc. No interesa el hecho en sí, porque la norma no pierde su validez porque no se cumpla [4]. Lo jurídico es el precepto.

De conformidad con el lema de la pureza del método, Kelsen sostiene que, por razones de rigor científico, debe colocarse la Ciencia Jurídica en un plano autónomo, separándola de las demás y trabajando en la esfera de las normas, estrictamente. La depuración metódica la realiza principalmente en dos direcciones: por una parte, frente a la tendencia ético política; por otra, frente a la tendencia sociológica.

La Ciencia Política, los problemas de la organización del Estado, de las formas de gobierno, son "metajurídicos", es decir, están más allá del Derecho. Kelsen no lo niega, pero cree que dentro de la concepción jurídica del Estado cabe estudiar solamente los elementos formales (el territorio del estado, por ejemplo, es para él, el ámbito de validez de la norma jurídica). Lo mismo sucede con los problemas de la mejor cierta

---

(4) KELSEN sostiene, sin embargo, que la nota característica de las normas es que pueden actuar o ejercer influencia en la conducta; tienden a ser causas motivadoras que determinan las acciones humanas. En cambio, en el mundo del ser, sólo se dan explicaciones de cómo suceden los fenómenos.

Conviene recalcar que la posición de KELSEN es fundamentalmente metódica. El no niega la existencia del reino del ser, ni le niega al hombre la posibilidad de plantearse el problema de los ideales de su conducta; pero, por razones de método, considera que ambas cuestiones están fuera del campo jurídico, que son "metajurídicas". En cambio, construye una ciencia puramente normativa; para él, el orden jurídico se compone exclusivamente de normas, de las cuales unas toman su validez de otras.

organización del gobierno o de los ideales en mater[illegible]mos, ajenos al estudio del Derecho en sí, un Derecho será v[illegible]omo hecho de acuerdo a ciertas normas (proyecto de ley del Po[illegible]dos aprobación por el Legislativo, publicación, etc.), prescin[illegible]es concordancia con el ideal de Justicia.

También quedan fuera del campo jurídico los problemas so[illegible] es decir, el estudio de las Ciencias Sociales: la norma saca v[illegible] misma (una norma deriva de otra y así sucesivamente hasta l[illegible] norma hipotética fundamental) sin necesidad de apoyarse en [illegible] social.

¿Qué pensar de esta posición?

Parece definitivamente aceptado que el Derecho es una Cienci[illegible] normativa: se compone de normas y por consiguiente posee los atributos de éstas.

Una norma es un precepto de conducta que prevé una sanción para el caso de no ser cumplida. Y eso, en efecto, es el Derecho: un conjunto de normas. Estas son reglas dirigidas al obrar humano, que pretenden orientarlo y buscan su vigencia, es decir su cumplimiento. Pero a la vez, a diferencia de las leyes que operan en el reino de la naturaleza, el destinatario de aquellas tiene el albedrío de someterse a ellas o no. Y entonces todas las normas, frente a la posibilidad de su incumplimiento, el cual no les hace perder su valor, prevén una sanción.

El hecho de admitir la premisa -carácter normativo del Derecho- de la escuela kelseniana, no significa que admitamos sus consecuencias. En efecto: la afirmación de Kelsen, de que el Derecho es una ciencia de normas, ha permitido depurar el método jurídico. Pero no podemos, ni aun a título de rigorismo metódico exclusivamente, desprender el Derecho de la realidad social en la que se realiza. En efecto, el Derecho es un producto de la sociedad. Por lo menos en lo que respecta al Derecho y quizá también en los demás campos, no es posible la separación radical entre el mundo del ser y el del deber ser [5]. Es verdad que la norma vale aunque sea violada, pero no hay duda que requiere

---

(5) Esta separación nos inhibe, por ejemplo, de la explicación del problema de las revoluciones. En un momento determinado en la vida social y política de la comunidad se produce una ruptura del orden jurídico (revolución, golpe de Estado). Considerando el Derecho un puro fenómeno normativo, nunca podríamos admitir que de estos hechos surgieran normas. Sin embargo, todos los autores aceptan que cuando la revolución o el golpe de Estado establecen un régimen con ciertas características de estabilidad, no puede dejarse de reconocer la legitimidad del Derecho creado. Sería algo absurdo y fuera de todo sentido declarar hoy, por ejemplo, vigente, el Derecho de la Rusia de los Zares, ignorando la Revolución Soviética.

No hay dudas, pues, que debe exigirse a la norma, para ser válida, no sólo su existencia formal en el mundo normativo, sino además, un cierto grado de vigencia, dee positividad.

cierto grado de vigencia, de positividad; no puede admitirse como Derecho una norma dictada en un gabinete sin ningún apoyo en la vida social; el Derecho impuesto totalmente contra las costumbres sociales, carece de uno de los atributos de tal, no tiene vigencia. Es que como al Derecho lo hace el hombre y es para el hombre, "la ciencia del Derecho sirve a la vida o no sirve para nada" (6). La función del Derecho, dice un famoso autor, es realizarse; lo que no es realizable no podrá ser nunca Derecho (7). Y justamente, la función del Derecho es social, tiende a hacer posible la coexistencia entre los hombres, nace en las relaciones sociales y allí lo encontramos.

Por otro lado tampoco podemos admitir que el Derecho pueda quedar separado del ideal, de la realización de su fin esencial: la Justicia (8). Comprendemos que el Derecho positivo, al que se refiere

---

Lo mismo nos sucede cuando, agotado el sistema de normas, nos encontramos frente a la primera Constitución, por ejemplo, y nos preguntamos de dónde deriva. Aquí volvemos a tener que salir del campo del deber ser y entrar en el del ser.

El propio KELSEN no lleva hasta tal extremo su método, como pretende alguno de los continuadores de su escuela. En efecto, reconoce la existencia de una relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico y dice que el orden normativo pierde su validez cuando deja de estar, en cierta medida, de acuerdo con la realidad. Y enseguida estudia la relación entre el Derecho y la Fuerza, aceptando que no puede subsistir aquel sin ésta. (Teoría pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, págs. 142 y 143). Señala, en otra parte de su obra, que "un orden estatal es supuesto como válido normativamente, sólo cuando la conducta efectiva de los hombres a los cuales se refiere coincide hasta cierto grado con su contenido. Sería desde luego algo sin sentido, suponer un orden estatal al cual no se conformara de ningún modo la conducta real de los hombres; tal vez alguna que otra cabeza extraviada pueda suponer todavía como orden vigente el de la Rusia Zarista" (Compendio de la Teoría del Estado, cit., págs. 111, 118 y 114). En un trabajo más reciente hace un estudio de las relaciones entre las creencias e ideas de los diversos pueblos primitivos y sus concepciones jurídicas, para deducir que ambas disciplinas se nutren en idéntica fuente, admitiendo de esta manera la influencia de los factores sociológicos en el Derecho. (El Alma del Derecho, en L'annuaire de l'Institut, págs. 60 y sigts.).

(6) Luis LEGAZ Y LACAMBRA. Introducción a la Ciencia del Derecho, Barcelona, 1943, pág. 56.

(7) R. VON IHERING. Espíritu del Derecho Romano, Madrid, s/., pág. 43.

(8) Tocamos aquí un problema fundamental de la Filosofía del Derecho: el relacionado con los valores ideales del mismo (estimativa jurídica). Nos parece indiscutible hoy, que el positivismo jurídico está superado, por este

Kelsen, tiene un valor aunque se discrepe con su justicia. Admitimos, que aun el Derecho injusto puede existir y debe cumplirse; pues así como la cultura de una nación abarca no sólo los verdaderos valores producidos por su ciencia, su arte y su ética, sino también sus errores, aberraciones y extravíos (9), así el Derecho puede en algún momento no considerarse justo e igualmente debe ser cumplido. Sin embargo, tenemos que aceptar que para que el Derecho sea admitido como tal debe coincidir, por lo menos en general, a grandes rasgos, con el ideal de Justicia. No podemos exigir que coincida con el de cada uno, es perfectamente admisible que una persona esté obligada por un Derecho que pugne abiertamente con el ideal de justicia vigente en la comunidad a la cual se aplica, a la larga será desconocido, no alcanzará a tener vigencia.

El Derecho, pues, está formado por un conjunto de normas aplicables a una sociedad para hacer posible la coexistencia y que traducen un ideal de Justicia.

¿Cómo actúan estas normas para regular la vida social? Lo hacen determinando los deberes y facultades de cada individuo en la sociedad

---

lado, que no puede negarse la existencia del ideal de Justicia como distinto al Derecho positivo. (Ver infra, pág. 29).

Los autores de la Filosofía de los valores, señalan que el Derecho tiende a realizar el valor Justicia. RADBRUCH define al Derecho como "la realidad cuyo sentido estriba en servir a la Justicia". "La Justicia, lo Justo es un valor absoluto como lo Bueno, lo Verdadero y lo Bello, que no pueden derivarse de ningún otro". (Gustavo RADBRUCH, Filosofía del Derecho, Madrid, 1944. Edit. Revista de Derecho Privado, págs. 44 y 47).

Hay otros autores que consideran que la función del Derecho es servir a la Moral. Así Carnelutti juzga que la función del Derecho es someter la organización social a la Etica y llega a involucrar en ésta a la Justicia. Recalca que a medida que la norma ética vaya adquiriendo fuerza, el Derecho pierde poco a poco su razón de ser, pero reconoce que el avance de la humanidad "en la dirección de la ética, es de gran lentitud". Los hombres se hacen "mejores en esta dirección, pero son imperceptibles: como si la manecilla se moviera sobre un cuadrante de siglos" (Francisco CARNELUTTI, Teoría General del Derecho, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, pág. 56).

Fuera del Derecho positivo hay un ideal y el Derecho tiene como fin servirlo.

Sin la pretensión de resolver en estas líneas este profundo problema, hemos creído indispensable integrar con este elemento la definición del Derecho.

(9) James GOLDSCHMIDT, Problemas generales del Derecho. Editorial Depalma. Buenos Aires, pág. 19.

de modo tal que limitan la libertad de cada uno en función del obrar de los demás. Es la norma jurídica la que nos restringe nuestra esfera de acción, pero es también, a la vez, la que nos asegura el libre desenvolvimiento de nuestras facultades, por los cual, en vez de aparecer como una limitación de nuestra libertad, su verdadera función es garantizarla. Cuando pensamos en el Derecho, sin profundizar, lo sentimos como una serie de mandatos que restringen nuestra actividad: no podemos matar, no podemos robar, no podemos usar la propiedad ajena, etc. Pero cuando meditamos un poco más, vemos que el Derecho es el sistema que nos permite andar libremente por la calle sin que nadie nos moleste, disfrutar del producto de nuestro trabajo, expresar el pensamiento y trasmitirlo a los demás, profesar públicamente el culto de la religión a la que pertenecemos. Es el sistema regulador de la conducta exterior de los hombres, que asegura el libre desenvolvimiento de cada uno. Es decir, que en vez de limitar la libertad, la asegura. Esta función del Derecho la han definido algunos como la de limitar la esfera de lo ilícito y lo obligatorio.

Por último, para terminar de construir nuestra definición, nos resta señalar que en el concepto va implícita la idea de que las normas jurídicas se dictan con la amenaza de que si se violan se impondrán por la fuerza, que es un elemento esencial al Derecho. Decía Pascal que la Justicia sin la fuerza es impotente y la fuerza sin la Justicia es tiránica; por eso es necesario, agregaba, ponerlas de acuerdo y hacer que lo que es justo sea fuerte y lo que es fuerte sea justo [10].

Este grupo de elementos nos lleva a la definición buscada. Diremos, entonces, que el Derecho *es el conjunto de normas de conducta, inspiradas en el ideal de justicia e impuestas coercitivamente, que al determinar las facultades y obligaciones de cada uno hacen posible la coexistencia social.*

Este concepto no tiene la pretensión de indagar acerca de la esencia del Derecho, problema que más que a una *Introducción*, pertenece a la Filosofía del Derecho [11]. Trata, además, de abarcar en una definición los diversos puntos de vista del Derecho [12].

(10) El problema de la fuerza ha dado lugar a diversas opiniones. En general los autores están de acuerdo en afirmar que es una nota esencial al Derecho. GENY ha escrito un trabajo especial para lograr conciliar al Derecho y la fuerza, frente a quienes oponían estos dos conceptos como contradictorios. Dice que no sólo la Justicia no se opone a la fuerza, sino que la postula y la legitima al mismo tiempo. Afirma que el Derecho de un país no tiene verdadera eficacia mas que cuando se apoya en la fuerza (aunque entiende por ésta la fuerza física o la de la opinión, que se puede producir por todos los medios de propaganda). (M. François GENY, Justice et Force en Etudes de Droit Civil à la memoire de Henri Capitant, Dalloz, s/f., 141 y siguientes).

LAS NORMAS DE CONDUCTA

Concepto de norma

Aunque hay un concepto amplio de la palabra norma, por el cual se entiende cualquier regla de comportamiento (una regla técnica, como una moral), nosotros la tomamos en sentido estricto según el cual, una norma es una regla de conducta obligatoria, dirigida a los hombres que son libres de cumplir con ella o no y en este último caso son objeto de sanción. Corresponde distinguir las normas de conducta de las leyes naturales, es decir, el mundo de la naturaleza del normativo.

(11) Los autores señalan una separación, quizá más aparente que real, entre la Ciencia y la Filosofía del Derecho. aun sin admitirla, creemos que quedan totalmente fuera de este curso los problemas de la Filosofía del Derecho, a los cuales tratamos de eludir, refiriéndonos a ellos o a sus soluciones solamente cuando no podemos evitarlo.

Así hemos preferido dar un concepto del Derecho superficial y no entrar en ninguno de los problemas fundamentales que en un estudio a fondo del tema nos hubiera obligado, pero conduciéndonos a hacer Filosofía del Derecho pura y total, pues con el estudio de los problemas filosóficos que plantea el problema del concepto del Derecho, podemos decir que construimos una verdadera disciplina completa.

A título de enumeración señalaremos que RECASENS SICHES le asigna a la Filosofía del Derecho la tarea de estudiar los siguientes temas: 1) La teoría fundamental de la esencia de lo jurídico. Es decir, cuál es la nota característica del derecho en sus diversas manifestaciones, lo que conduce a pensar en sus formas y estructura; 2) La Ontología jurídica o indagación de qué índole de realidad tenga el Derecho, es decir su forma de ser (si es un objeto real o racional o de esta categoría subrayada por la fenomenología de objetos ideales de existencia fuera del hombre); 3) La estimativa jurídica o sea la doctrina de los valores o criterios ideales del Derecho, es decir el de la finalidad última de lo jurídico.

(12) Resulta de gran interés el concepto de GARCIA MAYNEZ en el que se entrelazan, en su doctrina de los tres círculos, los diferentes puntos de vista sobre el Derecho, aclarando mucho la cuestión (*ob. cit.*, ver del mismo autor *La definición del Derecho*, México, 1960, Universidad Veracruzana).

Las leyes naturales, explican las relaciones causales existentes entre los fenómenos. Explican lo que es y lo que acontece. (El calor dilata los cuerpos, por ejemplo). Las normas de conducta tienen por fin provocar un comportamiento humano. Aquí, en vez de causalidad hay finalidad [13]. Se refieren a lo que debe ser y no a lo que es.

Las leyes naturales se refieren a las relaciones necesarias entre los fenómenos: se cumplen siempre; una sola violación implica negar la ley. (Por ejemplo, se dice: los cuerpos caen en el vacío; no puede haber excepción alguna). Las normas de conducta presuponen la posibilidad de ser violadas, por eso contienen siempre una sanción.

Norma de Etica

Denomínase Etica -de ethos, las costumbres- al conjunto de normas y principios a los que debe ajustarse la conducta humana. En esta concepción se comprenden las jurídicas, religiosas, morales, etc.

La norma jurídica. Sus caracteres

El Derecho objetivo, considerado como norma jurídica, posee cuatro caracteres: bilateralidad, generalidad, imperatividad y coercibilidad, que permiten establecer las diferencias con los otros sistemas de normas que rigen la vida social. Algunos autores discuten estos caracteres.

---

(13) STAMLER es quien ha señalado con más acierto el carácter finalista de las normas éticas destacando cómo el hombre, frente al reino de la naturaleza, regido por la ley de causalidad, actúa persiguiendo objetivos, esperando resultado de sus acciones, con más o menos conciencia. Cita un apólogo de LAWITZ que con gran belleza destaca esa virtud humana. Cuenta LAWITZ cómo las nubes que vagan sobre la Tierra miraban con cierto desden hacia los hombres a quienes veían tan insignificantes y débiles, cuando ellas desataban sus rayos y truenos. Pero a una de estas nubes, más observadora que las demás, parecióle advertir en aquellos hombres una virtud especial: creyó ver, sencillamente, que los hombres, tras ciertos actos suyos, quedaban como en espera de algo que luego acontecía. Le intrigó aquello y, para comprenderlo, suplicó al Señor que la dejara descender a la Tierra y así lo hizo y entonces pudo descifrar aquel enigma que era la esencia misma del querer humano; el hombre se proponía fines y emplea ciertos resortes para lograrlos, labrando así paso a paso su propio destino. Quedó maravillada. Subió luego otra vez entre las nubes y en vano se esforzó por hacerles comprender lo que había podido captar. Les hablaba de fines, de medios, de voluntad, de intención y se reían de sus términos incomprensibles. Era inútil su afán. Y entonces fue cuando esa nube, vuelta a su mutismo y encadenada otra vez a la causalidad, comenzó a adolecer de incurable nostalgia por aquel otro mundo de la finalidad, que los hombres construían libremente sobre el mundo de las causas. (Citado por JOSE CORTS GRAU, *Filosofía del Derecho. Introducción Gnoseológica*. Ediciones Escorial, Madrid, 1941).

① Bilateralidad

Quiere decir que el deber se impone en función de los derechos de los demás individuos, es decir, que a la vez que establece obligaciones para unos, concede facultades para otros. Cuando la norma le dice al deudor que debe pagar, la está acordando al acreedor la facultad de cobrar. Y esto es de esencia del derecho, este siempre se refiere a dos sujetos, pone en relación a dos partes: determinan la conducta de uno en función de la actividad ajena.

Ya señalamos que cuando el Derecho establecía deberes (límites al obrar) lo era con el fin de crear a otros facultades (garantirles la libertad). Esto quiere decir bilateralidad y es de la esencia del Derecho; en la Moral, por ejemplo, los favorecidos por una norma (el pobre a quien se debe la limosna), no pueden reclamar lo debido; no tienen poderes. No hay acreedores en la Moral. Es unilateral y no bilateral como el Derecho [14].

② Generalidad

Decir que la norma jurídica es general significa expresar que la conducta que ella ordena se impone a un número indeterminado de personas, es decir, que cuando dicta un comportamiento lo hace en forma abstracta.

Para que la norma sea general no es necesario que se refiera a todos los casos; basta simplemente que alcance a todos los individuos que se encuentren en la situación prevista por ella, en forma abstracta, impersonal. Así, tan general es una norma que se refiere a los habitantes del país, como a los menores o a las mujeres o a los propietarios cuyas propiedades tengan un aforo mayor a $ 500, etc.

---

(14) Algunos autores niegan este carácter a la norma jurídica y señalan que lo que es bilateral es el Derecho, pero la norma se limita a establecer o bien deberes o bien facultades exclusivamente.

Otros admiten que si bien no hay derecho sin deber, en cambio pueden existir deberes (no matar, etc.) sin que haya un derecho correspondiente.

Nosotros creemos que teniendo el Derecho por fin regular las competencias de cada uno en la sociedad, cuando establece deberes implícitamente reconoce derechos a una o varias personas o a la sociedad entera. el carácter de bilateralidad está en la norma, pues su sentido no se agota en la imposición de un deber; su verdadero fin está en garantizar los derechos. (Conforme GOLDSCHMIDT, *Problemas generales del Derecho*, pág. 62). En los ejemplos propuestos la bilateralidad no aparece tan claramente, pero ella siempre existe, por lo menos entendida como que cuando se impone un deber es en función de los otros individuos. Esto, aun cuando se admita que pueden haber deberes sin derechos.

La generalidad de la norma determina que ésta debe tener en cuenta aquello que en la vida acontece más frecuentemente, sin preocuparse de las peculiaridades individuales o de las situaciones concretas.

Quienes aplican las normas (los jueces, por ejemplo) son los que consideran la situación concreta, individualizada [15].

3) Imperatividad

La norma jurídica es un mando, un imperativo. En el Derecho no tienen cabida los consejos sino las órdenes, porque lo que se busca es que se realice un acto o no se realice otro y no lograr una conducta mejor por medio de la persuasión.

A menudo encontramos en la legislaciones enunciaciones de hechos y opiniones que no tienen naturaleza imperativa. Esto sucedía en los textos antiguos, como los libros sagrados, que mezclaban las normas jurídicas con los relatos históricos (La Biblia). En la Revolución Francesa se votó una ley (18 Floreal, año II) que afirmaba la existencia de Dios y la inmortalidad del alma. En algunos textos modernos aparecen disposiciones que no tienen contenido imperativo, sino simplemente programático. Pero en todos estos casos podemos afirmar que esas reglas, aunque se encuentran en textos de Derecho, no son normas jurídicas. En efecto, les falta el carácter de mando, de imperativo que deben tener éstas.

4) Coercibilidad

La coacción, el empleo de la fuerza para hacer cumplir el precepto, ha sido siempre destacada por los autores como una de las notas más importantes del Derecho. Este impone sus mandatos bajo la amenaza y

(15) Los autores de la escuela normativa del Derecho (KELSEN, etc.) consideran que el orden jurídico está constituido por una serie de reglas derivadas unas de las otras, que van de lo más abstracto a lo más concreto y que las últimas son particulares y no generales. Para esta tesis, tan normal es la Constitución como la sentencia del Juez o el acto administrativo.

Esta opinión no es compartida por la mayoría de los autores, el error consiste en confundir la norma con su aplicación. Aquella es general por esencia misma, siendo una contradicción hablar de "norma concreta". (GOLDSCHMIDT, *Problemas generales del Derecho*, pág. 14). (Ver también Marcel WALINE, *Observations sur la gradation des normes juridiques etablié par Carre de Malberg*, Revue de Droit Public, 1934; especialmente págs. 554 y siguientes).

Es una exigencia, además, de superior Justicia que la norma actúe siempre con un carácter general, que se dicte no para fulano o mengano, sino para el que se encuentre en la situación (abstracta) prevista por la norma.

cuando no se cumple con ellos trata de hacer realizar la conducta que indica la norma por la fuerza. El Derecho, como orden externo dirigido a mantener la convivencia, necesita que se cumpla con sus normas, a las buenas o a las malas.

Es el único orden normativo que tiene una organización de fuerza para imponer sus preceptos. El verdadero carácter de la norma jurídica no es la coacción, a la que muchas veces no se llega, sino la coercibilidad, que es la posiblidad de imponer por la fuerza la norma jurídica cuando es desobedecida: es la sanción en potencia.

Esta característica permite distinguir la norma jurídica de las demás, especialmente si la definimos, con García Maynez, como la posibilidad de lograr, en contra de la voluntad del destinatario, el cumplimiento de los preceptos, sin que el comportamiento de aquel pierda su significación jurídica. Para el Derecho la conducta es igualmente correcta, sea que se cumpla voluntariamente o por temor a la sanción; para la Moral, en cambio, la conducta pierde valor si en vez de ser espontánea, es obtenida por amenaza o temor.

Esta distinción entre coercibilidad, posibilidad del empleo de la fuerza, sanción y coacción permite eludir algunas objeciones que se han hecho contra este carácter de la norma jurídica.

Así algunos la rechazaban porque decían que el Derecho, en general, es observado espontáneamente, que los casos en los cuales la fuerza debe intervenir son los menos.

Otros decían que la coacción no era una nota esencial al Derecho, porque la sanción llega muy a menudo tarde: cuando se viola la norma que dice no matarás, el empleo de la fuerza es inoperante.

Pero ambas objeciones desaparecen, si en lugar de hablar de coacción decimos coercibilidad, pues la amenaza que en potencia contiene la norma jurídica existe, en ambos casos. Lo que falta en ellos es la coacción.

Se ha objetado, también, la existencia de este carácter diciendo que hay ciertas figuras de Derecho en las cuales no aparece la coercibilidad, como por ejemplo en el Derecho internacional público. En esta disciplina hay normas que los Estados cumplen unas veces y otras no, haciéndolo sin coacción y también sin sanción.

Sin embargo, tampoco es exacta esta objeción, algunos autores enseñan que justamente por carecer de esta nota, coercibilidad, no es un Derecho, sino una simple Moral internacional o un principio de norma jurídica. Estos autores señalan que todos están de acuerdo en afirmar que le falta al Derecho internacional una fuerza (ejército o policía) que haga posible la imposición de esas normas. Lo que aparece ultimamente,

Otro grupo de autores señalan, que si bien el Derecho internacional público, está en una etapa atrasada de su evolución, igual existe como Derecho con todos sus atributos. Tan existe, que cuando se producen situaciones de beligerancia, las dos partes quieren atribuirse la razón invocando cumplir con las normas jurídicas existentes y atribuyendo a la otra parte el carácter de violador de las mismas, lo que significa que se siente la presión psicológica de esas normas y se tiene conciencia de ellas, no queriendo aparecer como negándolas. Es indudable que no hay un instrumento de coacción organizado -como en el Derecho interno primitivo, cuando aún no había aparecido el Estado- pero hay una tendencia hacia su obtención. Así la Sociedad de Naciones instituyó las sanciones económicas y fueron aplicadas en algún caso y la Organización de Naciones Unidas tiene un ejército y una "fuerza de paz". Además, desde el punto de vista formal, cuando el Estado agraviado recurre a la guerra, a falta de medios más eficaces, está constituye un acto de sanción internacional que puede encuadrar dentro de lo jurídico [16].

En estos momentos las fuerzas de paz (cascos azules) de la U.N. están en varios puntos del mundo tales como en Egipto e Israel, en Camboya, en Sarajevo, etc.

Lo que confirma que no hay Derecho sin coacción, aunque sea en potencia.

La sanción

Si bien la sanción no está siempre en el Derecho porque a veces se acepta espontáneamente, tiene importancia estudiarla. Lo normal es que el Derecho se cumpla sin necesidad de recurrir a la fuerza, también ese es el ideal. Pero muchas veces hay que aplicar la sanción; además el conocimiento de la posibilidad de la fuerza (coercibilidad) obra como motivación psíquica para hacer cumplir con el Derecho: el que sabe que si no cumple será castigado, muchas veces actúa correctamente, por temor.

Por eso el Derecho que siempre amenaza, muchas veces sanciona. Y para ello recurre la fuerza que, como ya dijimos, se complementa con él. Como dice un autor "para eliminar la fuerza de la solución de los conflictos de intereses, el Derecho, en última instancia, sólo de la fuerza puede servirse" [17].

(16) Esta afirmación la hacemos desde el punto de vista formal. Es indiscutible que ella está en pugna con el ideal del Derecho, pues el anhelo del jurista es el de una comunidad internacional organizada, en la cual las sanciones sean impuestas por sus propios órganos, los cuales tengan en su poder una suma de fuerza tal que les permita imponer sanciones sustitutivas, llegando al empleo de la fuerza, como en el Derecho interno, sólo en último caso y por un organismo superior.

(17) CARNELUTTI F., *Teoría general del Derecho*, pág. 64.

La forma de sancionar ha evolucionado con la historia. primeramente, cuando no existía el Estado, el sistema era el de la guerra privada de individuo a individuo y de grupo familiar a grupo familiar. Es el régimen de la venganza privada en el cual el ofendido, convirtiéndose en juez de su propia causa, se transforma en vengador de la ofensa y ejecutor de su propia sentencia, infligiendo al agresor un mal igual al que ha sufrido. Es lo que se llama el *talión*. Estamos en los umbrales del Derecho, en la línea divisoria, pues el sistema parece resolverse en la pura fuerza, aunque el principio del talión (ojo por ojo, diente por diente) es, de cualquier modo, una norma.

Pero este régimen de autodefenza no pudo subsistir. Así fue dejando lugar al sistema de las *composiciones*, en el cual el ofensor da a la víctima una cosa material, una o más cabezas de ganado o ciertas piezas de metal precioso, con lo cual el ofendido se da por satisfecho y renuncia a la venganza privada. La evolución de este sistema lleva a fijar de modo invariable según una tarifa preestablecida el monto de la composición; tanto por una lesión, tanto por muerte, etc.

Más adelante, cuando la sociedad va tomando cohesión, surge necesariamente la existencia de un individuo, de un órgano superior de la colectividad (que más adelante será el Estado) que tiene a su cargo la desición de los conflictos primero y la imposición de las sanciones después. Así, la solución de dichos conflictos, deja de ser un asunto privado y se convierte en una cuestión de interés general.

Los autores señalan las semejanzas que esta evolución de la justicia del Estado tiene con la del Derecho internacional público, el que recién estaría en la etapa inaugural de los instrumentos de coacción colectivos.

EL DERECHO Y OTRAS REGLAS DE CONDUCTA SOCIAL

Algunas de las características estudiadas de la norma jurídica, nos permitían separarla de las demás que rigen la vida social.

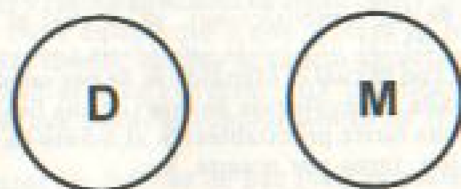
Moral y Derecho. Relaciones

En primer lugar, veremos cuáles son las relaciones entre la Moral y el Derecho, es decir, consideraremos si la Moral y el Derecho coinciden en sus normas o si uno de ellos es más amplio que el otro.

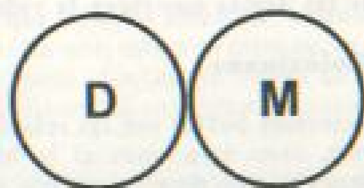
No ha habido sociedad, ni podrá haberla, en la cual el Derecho sea opuesto a la Moral. Podrá darse el caso de Derecho y Moral distintos entre sí según las diferentes épocas y los diferentes lugares; así como también pueden haber ciertas normas jurídicas distintas a las morales; lo que no es posible es que la generalidad de los preceptos morales de una sociedad en una etapa histórica determinada, pueda oponerse a la generalidad de sus normas jurídicas

Algunos autores señalan que, las diversas posibilidades de relaciones entre Moral y Derecho, pueden esquematizarse así, si representamos ambas disciplinas por círculos.

La primitiva doctrina cristiana diferenciaba netamente la Moral del Derecho. Lo que se refería a la esfera moral pertenecía a Dios y lo jurídico al Estado. Como éste no procedía de acuerdo a la Moral divina, el Derecho resultaba extraño a ella. Tendríamos el siguiente esquema:

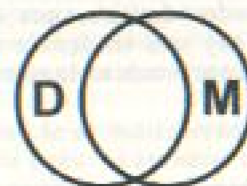


En la evolución posterior, dentro de las propias escuelas teológicas de la Edad Media, se llegó a un concepto menos radical: el Derecho se vincula a la Moral, al menos en algún punto. Se considera en primer término, que ambos tienen una base común por referirse a la naturaleza humana y además se acepta que si bien el Derecho podría ser y era, arbitrario, opuesto a la Moral, debía recordarse que existía porque Dios lo toleraba, teniendo en vista altos propósitos éticos, como el de poner a prueba a los hombres. En el esquema los círculos serían tangentes.



En las escuelas del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII el Derecho se llega a confundir casi con la Moral. Se concebía un Derecho superior, perfecto, inmutable, cuyas directivas debían ser seguidas por el positivo. Aquel se vinculaba estrechamente a la Moral coincidiendo

ambos en sus principios fundamentales, especialmente por referirse a la naturaleza humana y ser conocidos por la Razón. Se admitía, sin embargo, que ambas disciplinas tenían algunos preceptos distintos. El esquema sería el de dos esferas secantes.



Otros autores sostuvieron que si bien todos los preceptos del Derechos estaban contenidos en la Moral, no todas los de ésta coincidían con los de aquel, el Derecho sería, dentro de esta idea, un "minimum ético"; es decir, el mínimo de principios morales que los hombres deben cumplir para vivir en sociedad. La Moral exige el cumplimientos de otras obligaciones, además de aquellas que son indispensables para actuar de conformidad con el Derecho. el esquema sería el de dos círculos concéntricos así:



De todas esta opiniones la más aceptada es la del esquema representado por dos círculos secantes.

Ya dijimos que la Moral y el Derecho de una región -país, Estado, circunscripción geográfica- de una época determinada coinciden en general. Esa parte de las esferas que es común, es la zona mayor: los preceptos coinciden en la mayoría de los mandatos. Pero hay una zona de la Moral ajena al Derecho: hay ciertos preceptos de aquella, especialmente

los que afectan la amistad del hombre (los que regulan las relaciones del amor, la amistad, etc.) que son ajenos al Derecho. Del mismo modo debemos admitir que hay una zona del Derecho fuera de la Moral, (hay reglas jurídicas indiferentes a la Moral, reglamentaciones de tránsito, etc.) como otras en las cuales el precepto jurídico puede oponerse al moral (caso ya citado en la prescripción y cosa juzgada). Pero con excepción de algunos casos, explicados por la finalidad del Derecho de regular las relaciones externas y dictar normas generales en busca de la Seguridad Social, no quede admitirse que el Derecho contradiga la Moral. Por el contrario, hay una tendencia al trasiego de las normas morales hacia el Derecho, concretada en la moralización de las disciplinas jurídicas [18].

Moral y Derecho. Diferencias

Los diversos autores han señalado varias diferencias, entre las cuales estudiaremos las menos discutidas.

1) Unilateralidad de la Moral y bilateralidad del Derecho

Ya señalamos que la norma jurídica es bilateral, siendo su función establecer los deberes que deben cumplir los hombres en sus relaciones con los demás seres humanos, por lo cual a la vez concede derechos (facultades); mientras que la Moral es unilateral, es decir, que solamente establece deberes.

Ya los escolásticos señalaban esta diferencia diciendo que el Derecho era *ad alterum* y la Moral *ab agenti*. Destacaban esta alteridad del Derecho en virtud de la cual frente al obligado hay un interesado, pretensor o acreedor, mientras que el deber moral sólo simbólicamente se atribuye un interesado semejante, como cuando se hable de los deberes para con Dios, la Conciencia, la Humanidad, etc.

La consecuencia de la bilateralidad consiste en que en el Derecho, de modo principal, se toma en cuenta el hecho externo, la conducta cuando transciende del sujeto y puede repercutir socialmente.

---

(18) Hay muchos autores que entienden que la Moral es el fin del Derecho y el fundamento de su fuerza obligatoria. Así RADBRUCH sostiene que únicamente la Moral es capaz de fundar la fuerza obligatoria del Derecho y que éste, en último término, tiende a permitir que los hombres cumplan con sus deberes morales. Considera que el único modo de encontrar un fundamento al deber ser, a la obligación, es cuando el imperativo jurídico ha sido investido en la propia conciencia de la fuerza moral de obligar. Elo no obsta a que él señale diferencias entre la Moral y el Derecho. (*Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista Derecho Público y Privado, 1944, págs. 61-62). Ver la posición de CARNELUTTI respecto a este problema en la nota N° 8.

2) Interioridad de la Moral y ...

Tomasio y Kant habían señalado ya que el Derecho se ocupa de la exterioridad de los actos, mientras que la Moral mira los móviles, la intención. En efecto, como el Derecho tiende a establecer un orden externo de subsistencia, al jurista le interesa más la dimensión objetiva de la conducta, el comportamiento individual en lo que dice relación con los demás hombres. El moralista, en cambio, estudia en primer término la dimensión subjetiva de la conducta. El Derecho mira las acciones, la Moral se fija en las personas y sus intimaciones. El primero tiende a realizar los valores colectivos, ésta los personales.

Al Derecho, en general, le es indiferente que el sujeto cumpla con las normas de buena o mala gana; lo esencial es que se respete lo que él manda. Para la Moral en cambio, es imprescindible la buena intención: un acto moral cumplido por fuerza o realizado contra la voluntad del sujeto, deja de ser valioso.

Sin embargo, esta diferencia no debe tomarse como absoluta. En efecto, es imposible separar totalmente los actos internos de los externos. Puede haber actos puramente interiores, que quedan en la conciencia de los hombres, pero no puede haber actos exteriores puros, pues siempre la conducta está relacionada con la intención.

Por otro lado, la Moral no desdeña totalmente los actos externos y, se dice comúnmente, que "de buenas intenciones está empedrado el infierno", queriendo significarse que no basta el propósito de actuar bien sino que hay que concretarlo en actos. Y a su vez el Derecho no desprecia los móviles [19]. En materia penal, especialmente, se toman en

---

(19) Es indudable que conviene insistir en esta idea. En efecto, la doctrina que sostiene la absoluta exterioridad del Derecho y su desprendimiento de la intención como dice G. RENARD "mina la validez y obligatoriedad del Derecho e introduce un factor de anarquía jurídica y de disolución ... Aun cuando al Derecho le baste el acatamiento externo, si éste no va acompañado del acatamiento interior que supone la convicción de obligatoriedad, la obediencia o desobediencia de las normas se reduce a una cuestión de cálculo de utilidad, lo que significa negar el valor autárquico del Derecho". (Citado por LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 204). En el mismo sentido cita RADBRUCH a TOLSTOI, que en su obra *La ley de la fuerza y la ley del amor*, reprocha a los juristas que consideran de soslayo las almas humanas como fuente secundaria de los hechos, señalando que lo externo es sólo valioso por el espíritu que se ponga en ello y concluye diciendo que es un pecado mortal "creer que hay relaciones en las que un hombre pueda darse sin amor". (RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, pág. 5).

Nos parece esencial el fondo de estas ideas y reiteramos aquí lo que dijimos al definir el Derecho; al jurista le interesa generalmente, aunque la conducta puramente externa sea igualmente correcta, el acatamiento interno de la norma, la convicción del grupo social de que lo mandado por las leyes positivas está de acuerdo con el sentimiento medio de Justicia.

cuenta: dos delitos objetivamente iguales, dos homicidios, por ejemplo, son considerados en forma distinta según la intención; será castigado más severamente el que mató por móviles que demuestren su instinto criminal, que aquel a quien por imprudencia se la escapó un tiro. También en Derecho Civil, cada vez más, el Derecho toma en consideración la intención.

Pero realmente al Derecho no le interesa la intención en sí misma, sino cuando se revela exteriormente. "El pensamiento no delinque" se dice y la simple intención de cometer un delito no se pena, aunque se pueda conocer y probar. Recién interviene el Derecho para reprimir, no para prevenir, cuando comienza el camino del crimen, por lo menos con el acto preparatorio (compra de las armas, etc.) o la tentativa.

Quiere decir que la diferencia la debemos mantener, pero sin carácter absoluto: el Derecho se ocupa *preferentemente* de los actos externos y la moral *preferentemente* de las intenciones.

3) Coercibilidad del Derecho, incoercibilidad de la Moral

Ya nos referimos a este carácter y señalamos que como el Derecho es un límite entre el obrar de varios sujetos, si uno lo traspasa puede ser repelido por otro, por lo cual para existir debe cumplirse siempre. En cambio la Moral, aunque también sanciona, no impone sus preceptos bajo la amenaza de recurrir a la fuerza, pues en ese caso la conducta dejaría de ser valiosa.

4) Otras diferencias

Así como las diferencias que dimos pueden ser discutidas, los autores señalan otras.

García Maynez coincidente con el punto de vista kantiano dice que la Moral es autónoma -el precepto surge del propio sujeto- y el Derecho es heterónomo -la obligación es impuesta desde fuera- [20]. Recordemos que para Kant la máxima moral por excelencia era la impuesta por el propio sujeto. (Obra de tal manera que tu actitud pueda convertirse en máxima del obrar universal). Sin embargo, no podemos aceptar la afirmación de absoluta heteronomía del Derecho. La norma jurídica siempre requiere, como dijimos, cierta adhesión.

(20) *Introducción al Derecho*, pág. 29. Este idea es en parte exacta; el Derecho impone sus normas desde fuera y prescinde de la adhesión del sujeto, hasta el punto que, aunque éste ignore la norma legal, será sancionado. No ocurre lo mismo con la Moral y la Religión.

Del Vecchio, por su lado, dice que también el Derecho se diferencia de la Moral porque sus límites son más precisos [21]. En efecto: como puede obligarse por la fuerza a su cumplimiento, el Derecho debe decir claramente cuáles son sus mandatos: la Moral en cambio es más difusa. Dudamos más en saber cómo la Moral nos indica actuar en un caso concreto, que frente a las obligaciones jurídicas, las que generalmente se formulan en forma externa (leyes, códigos, etc.) y clara.

Queremos recalcar algo fundamental para terminar: aunque el Derecho y la Moral coincidan en sus preceptos, aunque se piense que aquel debe moralizarse y pueda sostenerse que la Moral es el fundamento del Derecho, debemos mantener siempre la separación entre las dos esferas, especialmente, por ser el fin del Derecho regular la conducta externa entre los hombres y asignar a cada individuo las esferas de poder o libertad, de que podrá gozar dentro de la sociedad. Sabemos que dentro de esa esfera el Derecho garantiza la actuación del individuo y fuera de ella la sanciona; si otras reglas -morales, religiosas, etc.- impusieran al individuo sanciones, dentro de esa esfera, la libertad, la garantía jurídica significaría poco o nada.

Cuando el Derecho se diluye en la Moral, como en lo países totalitarios y en nombre de éste se facultad al Juez para imponer penas por delitos que no están previstos expresamente, sino en forma implícita (actos contra la teoría nacionalsocialista o "contra la conciencia del pueblo" o "agravios a tal doctrina" o "*falta de respeto a la autoridad*"...) las garantías de la libertad individual desaparecen.

La suprema garantía consiste en que el Estado se limite a imponer el Derecho y que las normas de éste sean precisas y claras; la Moral debe quedar fuera del poder sancionador del Juez o del Estado. cuando el Estado en nombre de la Moral quiere imponer una conducta o cuando el Juez da rienda suelta a su conciencia moral a despecho de lo dispuesto por la norma jurídica, desaparecen los más preciados atributos de los derechos individuales: la precisión que permite saber cuándo vamos a ser sancionados por nuestra conducta, cúal es nuestra esfera de libertad, cuáles son los poderes del Magistrado.

Por esto, moralicemos las normas jurídicas, pero no apliquemos sanciones jurídicas por violaciones de normas morales.

Normas jurídicas y religiosas

Casi todo lo dicho para las normas morales puede aplicarse a las

(21) *Filosofía del Derecho*, t. I, pág. 425. Esto es evidentemente exacto como tendencia: los preceptos jurídicos son y deben ser, claros y concisos para que los hombres puedan saber a qué atenerse. Pero no podemos fundar una diferencia en esta simple tendencia; hay muchos preceptos morales claros, como otros, jurídicos, imprecisos.

religiosas, cuando se comparan con el Derecho. Las normas religiosas también son unilaterales incoercibles. La Religión se impone, como la Moral, por adhesión interior a un principio, que en este caso supone la creencia en la Divinidad.

Normas jurídicas y usos sociales

Los usos sociales son las reglas del decoro que rigen en una colectividad [22]. Nos referimos a los convencionalismos sociales, esto es, a las reglas que impone la moda y el trato social, a los preceptos del ceremonial, los dictados de la urbanidad, la cortesía, etc.

Muchos autores consideran que no puede hacerse una categoría independiente con los convencionalismos o usos sociales, sino que están mezclados, ya con el Derecho, ya con la Moral [23].

---

(22) A menudo se emplea la expresión "costumbres sociales", que nosotros dejamos de lado para que no se confunda con la costumbre jurídica. En francés hay dos términos que en castellano se traducen por costumbre: *coutume* y *moeur*. Cuando se dice *coutume* se quiere hablar de costumbre jurídica y se deja la palabra *moeur* para los usos sociales.

(23) DEL VECCHIO sostiene que no puede admitirse otra posibilidad de consideración del obrar que la Moral (subjetiva) y el Derecho (objetivo). La conducta, dice, puede ser considerada en sus relaciones con los demás y estamos dentro del Derecho o subjetivamente y estamos en la Moral. Hay una serie de preceptos que parecen indefinidos, pero si los observamos bien vemos que, o bien imponen solamente deberes y estamos en la Moral o además conceden facultades y entonces son derechos. (*Filosofía del Derecho*, t. I, pág. 414).

RADBRUCH, con su posición axiológica, sostiene que no puede encontrarse una idea o valor realizado por el decoro social, así como el Derecho realiza la Justicia y la Moral, la Bondad. Considera que el decoro social es la "plataforma común en que todavía se mantienen indistintos la Moral y el Derecho... (*Filosofía del Derecho*, pág. 66).

LLAMBIAS DE AZEVEDO hace un intento interesante de mantener la autonomía de los usos sociales, aun dentro de la concepción de la filosofía de los valores, afirmando que los usos sociales tienen por fin realizar lo que llama "valores de acceso". Estos valores serían, "la corrección, el tacto, la cortesía, la sencillez de maneras, el decoro, la amabilidad, la solemnidad, el honor, etc." y ellos no son independientes, sino que suponen la existencia de los valores morales y jurídicos y están colocados "a la entrada y a la salida del reino de los valores éticos". Así por ejemplo el saludo es una forma de realizar el valor cortesía que da acceso a ciertos valores ético-jurídicos como la paz, la amistad, la lealtad, la seguridad. (*Sobre la distinción entre las normas de usos sociales y el Derecho*, Montevideo, 1938, apartado del tomo XXXIV, núm. 2, de la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración).

Efectivamente, los usos sociales se asemejan mucho, especialmente al Derecho. Ambas normas tienen carácter social; no tiene sentido hablar de estos deberes en el hombre aislado. Cuando un individuo cierra tras de sí la puerta de su alcoba, permaneciendo solo en ella, los convencionalismos quedan afuera, como señala Recansen Siches.

También los usos, como el Derecho, son exteriores: las reglas del decoro social se refieren al acto externo, no a la intención.

Pero es indudable que existen diferencias que lo separan del Derecho.

Los usos son unilaterales: la regla convencional impone deberes pero no concede facultades. Nos obliga a saludar o vestirnos de determinada manera, etc.; en cambio nadie puede exigirnos esa conducta. (cuando en el saludo militar aparece la facultad y la sanción es porque el uso se ha convertido en norma jurídica).

También los usos se diferencian del Derecho por ser incoercibles; tienen sanción para el infractor, pero no llegan a la imposición forzada de la conducta. La única amenaza que encierran es la desaprobación por el círculo social de la conducta del individuo violatoria del uso.

A su vez se diferencian de la Moral por su carácter exterior. Los convencionalismos sociales están cumplidos, sean cuales fueren los móviles del sujeto. Si el saludo amable o el apretón de manos correcto, no corresponden a la verdadera opinión del que quiere aparentar afecto, se podrá hablar de hipocresía, pero no decir que la persona es descortés. El uso se satisface con la adecuación de la conducta externa a la norma, sin exigirse, como en la Moral, la buena intención.

DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL

Desde la antigüedad se distinguieron los Derechos, el positivo, es decir, el formulado por los hombres que rige efectivamente en la sociedad y el natural, esto es, un Derecho superior, constituido por los principios de Justicia. El primero era el vigente, variable, que regulaba las relaciones sociales; el segundo era el ideal, alcanzado por el razonamiento de los hombres (por la doctrina, por eso se le llama a veces doctrinario) y estaba formado por normas inmutables e iguales para todos los individuos.

Esta afirmación de que todo el Derecho no se agota en las normas positivas dictadas por los hombres es indiscutible. En cambio aparecen dudas cuando se quieren precisar los diversos conceptos.

Derecho positivo. Positividad y vigencia

Se puede definir el Derecho positivo como el conjunto de normas

jurídicas obligatorias en un lugar y en un momento determinados. Nuestro Derecho positivo está constituido por todas las leyes -reglamentos, ordenanzas, decretos- que existen en nuestro país. Es el Derecho formulado por los hombres.

A menudo se dice que el Derecho positivo es el que está en vigencia, pero en realidad ambos conceptos no significan lo mismo, si bien son muy similares en su contenido.

Vigente significa el Derecho puesto en práctica, aceptado por la sociedad. Puede haber un Derecho positivo -que es válido por haber cumplido con los requisitos formales exigidos- que nunca sea puesto en vigencia [24].

Derecho natural

Historia

En todas las épocas se ha admitido la existencia de ciertos principios más o menos fijos y universales, propios de la naturaleza humana, que están por encima del Derecho positivo, como en del respeto a la palabra dad, el de la fuerza obligatoria de los contratos, el de no retroactividad de las leyes, etc.

Pero el concepto del Derecho natural ha variado mucho con las épocas. Ya en Grecia y Roma se admitió su existencia. Los estoicos concibieron un Derecho natural, constituido por un conjunto de normas superiores que preveía todas las soluciones, frente al positivo. En muchos autores griegos se admite implícitamente la existencia de un Derecho natural de carácter sagrado.

La respuesta de Antígona al tirano Kreón, cuando éste le pregunta si es cierto que ha dado sepultura al cadáver de Polinice, encierra la afirmación de un Derecho superior a los caprichos y convenciones de los legisladores terrenos, concepto expuesto por Sófocles siguiendo el concepto de la época, sostenido por Sócrates [25].

(24) Sobre positividad, vigencia y validez del Derecho positivo hay algunas confusiones y diferencias terminológicas. Algunos autores dicen que Derecho vigente es el positivo actualmente en vigor. Así el Derecho romano sería positivo, pero no vigente.

De conformidad con el concepto que dimos en el texto, el Derecho positivo sería el Derecho objetivo actualmente válido. La validez es una cualidad esencial del Derecho independiente de su vigencia. La vigencia es la práctica del Derecho por el medio social. La validez es una condición intrínseca y depende de su origen o forma de nacimiento. GARCIA MAYNEZ utiliza los términos en sentido opuesto.

(25) Kreón: "Tú que inclinas al suelo la cabeza, confiesas o niegas haber sepultado a Polinice?

-Antígona: Lo confieso, no niego haberle dado sepultura.

-Kreón: ¿Conocías el edicto que prohibía hacer eso?

-Antígona: Lo conocía... Lo conocen todos.

Los romanos distinguieron tres clases de Derecho, el civil (*jus civile*) conteniendo las normas aplicables solamente a los ciudadanos romanos, el de gentes (*jus gentium*) las normas aplicables a todos los hombres (controversias de los extranjeros) y común a todos los pueblos, que será el origen del Derecho internacional y el Derecho natural (*jus naturali*). Este era el Derecho superior, no hecho por los hombres y existente a pesar de ellos; que provenía de la naturaleza y que según algún autor, como Ulpiano, sería común a los hombres y a los animales.

En la escuela cristiana, representada en la Edad Media por Santo Tomás de Aquino, el Derecho natural ha sido aislado en su íntima conexión con el universo físico y convertido en un Derecho Divino, manifestado por revelación. Existe una ley eterna, divina -la "ley de Dios"- puesto que "las cosas en su totalidad antes de existir en sí mismas ya existen en Dios". Esta ley es infalible, inmutable. Y existe una ley humana, puesto que el hombre, en virtud del pecado original, ha quedado apartado de la ley de Dios y "no le es posible a la razón humana participar por completo del dictamen de la razón divina, sino de un modo imperfecto y conforme a su capacidad y humana condición". Entre ambas leyes existe la ley natural, que es la forma de participación de la ley humana en la divina o sea la ley revelada por la razón al hombre cuando se pone en contacto con Dios. El hombre se diferencia de los otros seres por esta posibilidad de participar en la ley de Dios, aunque nunca, por el pecado original, puede llegar totalmente a ella. Pero puede participar de la razón eterna, lo que lo impulsa a obrar mostrándole la senda. Esa participación de los seres racionales en la ley eterna es lo que se denomina la ley natural [26]. Está, pues, entre el Derecho humano y el divino.

En el siglo XVIII el Derecho natural alcanza su máximo desarrollo en la escuela clásica. En este momento el Derecho natural vuelve del campo divino al humano. El padre del Derecho natural es considerado Hugo Grocio, quien es el primero en concebirlo como desprendido de lo Divino, viniendo a ser así el antecesor de la escuela clásica. El siglo racionalista lo colocó en la propia naturaleza y consideró que podría llegarse a él por la Razón. Se concibió así la existencia de un Derecho eterno, inmutable e igual para todos los

-Kreón: ¿Y has osado violar las leyes?

-Antígona: Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono en medio de los Dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiese más que las leyes no escritas e inmutables de los Dioses, puesto que tú eres tan sólo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy, no de ayer; y eternamente poderosas y nadie sabe cuando nacieron. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Ya sabía que un día debo morir -¿cómo ignorarlo?- aun sin tu voluntad; si muero prematuramente ¡oh! será para mí una gran fortuna. Para los que, como yo, viven entre miserias innumerables, la muerte es un bien..."

(26) SANTO TOMAS DE AQUINO, *La ley*. Segunda cuestión.. Artículo 1°. Editorial Tor, págs. 17 a 20.

hombres, pues provenía de la propia naturaleza humana, al que se podía y debía llegar por la inteligencia (facultad racional) y aplicar a la reconstrucción de la sociedad. Los principios de Derecho natural (como el que funcionó de "pivot" de aquella concepción: que los hombres por su calidad de tales, nacen libres e iguales en derecho), encontrados por los juristas por medio de sus razonamientos, son los que los hombres de la época ponen en los códigos, considerando que hacían una obra definitiva e inmutable.

Contra esa concepción reacciona el siglo XIX. Aparece la escuela histórica del Derecho, que niega el carácter universal al Derecho. Para esta escuela el Derecho es producto social e histórico y varía con la época y con los lugares [27]. Deja de ser inmutable porque varía con diversos factores geográficos, históricos, etc., que modelan la vida social.

La corriente positiva del Derecho coincide en este aspecto con la concepción historicista y la primera llega a negar la existencia de todo Derecho fuera del que existe en la realidad social.

En el siglo XX la vuelta a la metafísica produce, en el campo jurídico, un retorno el Derecho natural, aun cuando hoy no se le concibe como un verdadero "Derecho" similar en su estructura al positivo y además no con principios absolutos sino de contenido variable [28].

Concepto de Derecho natural

La investigación histórica nos afirma la existencia de un Derecho natural, como algo distinto al vigente. Todo el Derecho no se agota en el positivo, es posible juzgar a éste bueno o malo y esto en función de "otro Derecho" que nos sirve de patrón.

(27) Para esta escuela el Derecho no es producto de la razón, sino de la sociedad. Surge espontáneamente del "alma popular" y varía con las necesidades sociales. Comparan su nacimiento con el del lenguaje, por ejemplo. Nace por la necesidad de los hombres de comunicarse entre sí. Cuando hay que transmitir algo surge una palabra: la Academia las recoge, no las crea. Igual sucedería con el Derecho: el legislador no lo crea con su razón, lo encuentra en el seno de la sociedad formado en leyes. El Derecho para esta doctrina, no es igual, sino distinto en cada lugar, ni inmutable; es un producto del medio social y "del alma popular" (SAVIGNY).

(28)RADBRUCH señala que el golpe definitivo contra el Derecho natural (concebido a la manera clásica) fue dado, no por la escuela histórica del Derecho, sino por la teoría del conocimiento, por KANT, cuando sostuvo que la razón no es un compendio de conocimientos (soluciones), sino de problemas; por consiguiente fuera de la categoría del Derecho justo, sus aplicaciones carecen de validez general, lo que conduce a un Derecho natural de contenido variable (*ob. cit.*, pág. 24).

Pero realmente no [illegible] natural como un orden normativo paralelo al positivo, más bien lo que existe es un conjunto de principios suprajurídicos, que todo Derecho intenta realizar.

Hay autores que sostienen que se trata del ideal de Justicia, que sería la guía permanente del Derecho positivo. El Derecho tiende a realizar el valor Justicia como el arte el valor Belleza.

Pero más que un ideal, que puede ser un tanto subjetivo e individual, se trata de principios que han existido a través de todas las épocas que inspiran al legislador cuando hace el Derecho positivo y que sirven de medida al hombre cuando juzga las leyes humanas, como en el caso de Antígona. Estos principios son referidos por algunos a Dios y por otros a la Razón o a la propia naturaleza humana en cuanto surgen de necesidades y deseos comunes a todos los hombres.

Contenido del Derecho natural

Muchos autores pensaron que el Derecho natural se compone de un conjunto de principios fijos e inmutables a través de las épocas y de los lugares, lo que es justamente su principal distinción del Derecho positivo. Su contenido sería fijo.

Sin embargo, algunos pensadores modernos han expresado que el Derecho natural tiene un contenido variable, porque así como cambian las instituciones y el Derecho positivo de los países a través de la historia, también cambian los ideales y los principios fundamentales. En Grecia la esclavitud, por ejemplo, era una institución admitida no sólo por el Derecho positivo sino también por el natural y por toda la doctrina.

Entre ambas posiciones aparece una intermedia, que parece la más acertada, sosteniendo que el Derecho natural tienen contenido a la vez fijo y variable.

Hay, en primer lugar, una serie de principios invariables que tienen el carácter de verdaderos dogmas eternos, indispensables a la propia esencia del Derecho: como el respecto a la palabra dada, la fuerza obligatoria de los contratos, etc. Y hay otros principios que aunque mucho más inmutables que los del Derecho positivo han variado y constituyen el Derecho natural moderno: la libertad individual, el sufragio universal, la igualdad de derechos para las mujeres, la supresión de las desigualdades económicas, etc.

LAS DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO

Derecho Positivo: Público y Privado

El Derecho positivo es el formulado por el hombre.

Una gran división lo separa en Derecho público y privado.

Ya los romanos establecían esta división; en cambio el antiguo Derecho germánico no lo conocía.

Tan antigua como la propia clasificación es la discusión entre los juristas para encontrar un criterio divisorio entre esas dos clases de Derecho.

Un primer grupo de autores establece que cuando la Sociedad o el Estado en su carácter de tal intervienen en la relación jurídica, estamos ante el Derecho público y, por el contrario, cuando la relación se desarrolla exclusivamente entre particulares, estamos en el campo del Derecho privado.

Este criterio es simple y claro, pero requiere una presición, que encierra una crítica. En efecto: el Estado puede actuar en Derecho privado, porque a veces no actúa como persona de Derecho público sino en relaciones privadas, como cuando compra un bien a un particular, cuando arrienda una finca, etc. Es decir, que debe aclararse que hay Derecho público cuando interviene el Estado en la relación -pero como tal y no como "Fisco"- ya sea que se trate de relaciones entre el Estado y los particulares o entre grupos sociales entre sí (entre Entes Autónomos, Municipios, etc.). Y hay Derecho privado cuando se pone en relación al individuo con sus semejantes. La crítica a esta distinción es que para saber cuando el Estado actúa como tal y cuando como "Fisco", tenemos que recurrir al criterio de diferenciación entre el Derecho público y privado, que es justamente lo que deberíamos definir. Pero de cualquier modo esta doctrina es la que da un criterio más práctico.

Se ha propuesto también, como base de la distinción, la de que hay Derecho público cuando el vínculo jurídico se establece entre personas que están en relación de subordinación -entre gobernantes y súbdito- y privado cuando el vínculo relaciona personas jurídicamente equiparadas. En este sentido dice Radbruch que puede notarse que en el primer caso el deber tiene su fundamento en el mandato de otra persona (superior) y en el segundo surge de la autosumisión del obligado. Así pagar un impuesto es algo que tiene que hacerse quiérase o no, pero pagar lo que se compra, es algo que se hace voluntariamente (se efectúa el contrato de compraventa por voluntad de las partes).

También se critica este criterio diciendo que hay relaciones de Derecho público en pie de igualdad (relaciones internacionales) y de Derecho privado en situación de subordinación (contrato entre patronos y obreros).

Algunos autores han querido fundar la distinción en el criterio del interés: así cuando el interés protegido es el general, el colectivo, estamos ante el Derecho público; cuando se trata de salvaguardar los

intereses de los particulares, exclusivamente, la relación es de Derecho privado. Así, por ejemplo, todo lo relativo a la organización del Estado y la administración del mismo, es indiscutiblemente de Derecho público y tiene por objeto la protección del interés o la utilidad general; mientras que el Derecho civil, que se ocupa del interés particular de los individuos, es una relación de Derecho privado.

Este criterio, sin embargo, es también posible de crítica, pues muchas normas a la vez que protegen un interés público, también satisfacen intereses privados (las penales por ejemplo). Es que resulta una tarea muy difícil separar el interés público del privado, con lo cual no se hace mas que desplazar el problema.

Todos los criterios tienen sus puntos objetables; cada uno contempla un aspecto distinto entre los dos Derechos, pero también olvida los demás. La distinción es útil y sirve para estudiar las distintas ramas del Derecho positivo. Por eso las mantenemos sin pronunciarnos definitivamente, porque ningún criterio satisface ampliamente. Por esa misma razón no estudiamos tampoco los autores que niegan que existe una diferencia sustancial entre el Derecho público y privado.

El Derecho público, que está en constante evolución y aumenta a medida que se socializan, que se hacen más públicas las relaciones jurídicas, se divide a su vez en diversas ramas. Derecho internacional público, Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho penal.

El Derecho privado se identificaba antes con el Derecho civil y regía en la antigua Francia todas las relaciones jurídicas de orden particular sin distinción. Después se produce un movimiento de ramificación saliendo de éste diversas ramas y así cesan de coincidir las expresiones "Derecho privado" y "Derecho civil". El primer desmembramiento (Derecho procesal), rama que tiene también parte en el Derecho público.

Posteriormente, las necesidades del comercio determinaron la formación de una nueva rama: el Derecho comercial. Y más tarde, la complejidad de las relaciones entre los individuos de nacionalidades diferentes, da nacimiento al Derecho internacional privado.

En fin hay ciertas ramas del Derecho que, de formación reciente, presentan la particularidad de haber sido tomadas del Derecho privado y público a la vez y en cierta medida de la Ciencia Económica y Financiera. Así por ejemplo el Derecho financiero, el laboral, la legislación agraria, el Derecho aeronáutico, etc., etc.

Derecho Civil

Las explicaciones precedentes sirven para dar un concepto del Derecho civil, por eliminación; es el Derecho privado, deducción hecha de las disciplinas que han obtenido su autonomía en el curso de los últimos años [29].

(29) JOSSERAND, *Droit Civil*. t. I, parág. 15, pág. 15

Es el Derecho que rige las relaciones privadas entre los particulares, en tanto que éstos actúan como tales, sin tener en cuenta sus ocupaciones, su profesión, sin considerar si son comerciantes o industriales, patronos u obreros. Es el Derecho privado que toma al hombre en su vida común. Es, entonces, el Derecho originario y a pesar de las ramas que de él se han desprendido, continúa teniendo una gran amplitud; es el que rige frente al silencio o insuficiencia de los demás derechos especiales, constituye la armadura misma de la organización jurídica interna de un país. Así, por ejemplo, esta rama del Derecho privado, es la que se refiere a la responsabilidad por los accidentes, a las obligaciones y contratos (compraventa, arrendamiento, etc.).

En nuestro país estas disposiciones están contenidas en el Código Civil, promulgado en 1868 y en algunas leyes especiales (Ley de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, Leyes de Arrendamientos y Desalojos, de Registros Públicos, etc.)

Derecho de Familia

Del Derecho Civil se ha separado ya como rama autónoma el llamado Derecho de Familia. Esta rama estudia todo lo relacionado a la familia y a las sucesiones. Desde el matrimonio y el régimen de bienes entre los esposos, el divorcio, el tema de la filiación, tanto legítima y natural como adoptiva. Se incluye también en estrecha vinculación con esta rama el Derecho sucesorio. La mayoría de las disposiciones se encuentran en el Código Civil, aunque también en este campo ha habido importantes leyes posteriores que han modificado a aquel (ley de divorcio, de Derechos Civiles de la Mujer, de Legitimación Adoptiva, de igualación de derechos entre hijos legítimos y naturales, etc.). En nuestro país existen Juzgados especializados en las cuestiones de familia e inclusive Tribunales de Apelaciones de Familia.

Derecho del Trabajo

Se trata de una rama separada del Derecho Civil, de formación relativamente reciente; aunque hay algunos antecedentes de fines del siglo pasado el verdadero desarrollo de esta rama se produjo en el presente siglo. En nuestro país la primera ley laboral se dictó en 1914. Como su nombre lo indica, esta rama del derecho se ocupa de todo lo referente al trabajo, esto es las relaciones entre patrones y empleados, la actividad que se presta en relación de subordinación. Abarca tanto las relaciones individuales del trabajo, como las llamadas relaciones colectivas (los gremios, el derecho de huelga, etc.) Modernamente la mayoría de los autores incluyen también dentro de esta rama todo lo referente a la previsión social. Es una rama en constante transformación, formada por un conjunto de leyes que se vienen dictando desde hace décadas, desde la antigua ley de limitación del horario de trabajo. Desde tiempo atrás existen en Uruguay Juzgados y Tribunales de Apelaciones especializados en la materia laboral.

Derecho Comercial

Al lado del Derecho civil que es el común, aparece el Derecho comercial (30), que es una rama especial para una clase de personas: los comerciantes.

El comercio tiene sus necesidades especiales; en primer lugar, requiere rapidez y simplicidad, exige una permanente variación en consecuencia con las nuevas e incesantes modalidades de los negocios; por otro lado, requiere un mayor contralor en lo referente a los operaciones que se realizan.

El comerciante es un hombre de negocios y frente a él se prescinde, en parte, del exceso de previsión y formalismo del Derecho, en beneficio de la rapidez de las transacciones.

Por esas razones nació, desde hace tiempo, un Derecho especial, con características propias, que está regulando todo lo que se refiere a las operaciones mercantiles. Es decir, que una persona puede estar regida por ambas ramas del Derecho: para su vida común, igual a la de los demás hombres, en la familia, etc., por el Derecho civil; para su actividad comercial o industrial, por esta nueva rama del Derecho mercantil.

En nuestro país el Código de Comercio es el más antiguo que tenemos. Fue hecho por Vélez Sarsfield (argentino) y Eduardo Acevedo (uruguayo) promulgado antes para la República Argentina y en 1865 para el Uruguay. Este Código se encuentra muy atrasado en relación a las nuevas formas de comercio, por lo que ha habido que dictar algunas leyes especiales (Ley de Cheques, de Intermediación Financiera de Sociedades, de Títulos Valores, etc.) y se reclamá urgentemente la redacción o aprobación de un nuevo Código, lo que se ha solucionado, parcialmente, con la nueva Ley de Sociedades Comerciales, Nº 16060 del 4 de setiembre de 1989.

Derecho Procesal

Fue el primer desmembramiento del Derecho civil. Es la rama del Derecho que determina las reglas a seguir para hacer valer nuestros derechos en justicia; en este aspecto no es mas que el Derecho privado en acción, afirmándose, realizándose ante la autoridad judicial.

---

(30) Dice RADBRUCH que muy a menudo en la antigüedad, el Derecho privado se modelaba de tal modo sobre la base del comerciante -hasta el punto de decirse que ve en cada hombre un comerciante- que era innecesaria la disciplina especial (*ob. cit.* págs. 101-102). Y agrega: "Cabalmente por esto, dentro del marco del Derecho romano no hacía falta un Derecho mercantil especial. Todo el Derecho romano privado se había formado al compás de las necesidades del comercio y podía ser adaptado continuamente a éstas mediante la plenitud del poder creador de Derecho de que disponía el Pretor". Y entiende que lo mismo ha sucedido en el Derecho inglés. "En cambio allí donde, por el contrario, se niega al Juez la posibilidad de ir adaptando el Derecho a las exigencias cambiantes de los tiempos, donde el Juez está llamado sólo a aplicar modesta y recatadamente las layes recibidas, ha tenido que surgir un Derecho mercantil especial" (*ob. cit.*, pág. 102).

Se trata del Derecho instrumental, es decir del conjunto de medios necesarios para hacer valer nuestros derechos subjetivos. Aparece aquí la forma protegiendo el fondo, la sanción acompañando el precepto. Tan vinculado está un aspecto al otro, que los romanos no veían en el procedimiento mas que un capítulo del Derecho privado (civil). Sus jurisconsultos, luego del estudio de Derecho teórico, se ocuparon en el mismo tratado del "derecho en acción". Es recién en el antiguo Derecho francés que, por razones de especialización, se origina esta nueva rama jurídica que encuentra su consagración en la Ordenanza dictada en 1667, a iniciativa de Colbert.

Se trata de una rama del Derecho que está en el límite entre el Derecho público y el Derecho privado. Los autores discuten a cuál de los dos pertenece.

En realidad, el Derecho procesal se subdivide en dos partes: Derecho procesal civil y Derecho procesal penal (aunque a esta división clásica se agregan ahora nuevas formas de derecho procesal: Tributario, Laboral, etc.).

El Derecho procesal penal, se ocupa de los procedimientos que se siguen para el descubrimiento de los delitos y la aplicación de las penas. Está regido en nuestro país por el Código de Proceso Penal de 1980. En él se regula todo lo relativo a la institución del sumario, referente a la aclaración de las circunstancias del delito y su averiguación y al juicio que se hace para la imposición al procesado de la sentencia que corresponda.

La otra rama del Derecho procesal es la que regula el proceso civil donde se ha producido una sustancial reforma en el país que se señala como el primer ejemplo de modernización del Estado. Esto acaece a partir de 1989 (20.11.89) cuando entra a regir el Código General del Proceso, que introduce el sistema oral (proceso por audiencias) para la materia civil, que comprende las controversias del Derecho civil, el comercial, de familia, laboral, agrario, contencioso administrativo, etc. (solo se excluye el proceso penal, el aduanero y el de menores infractores).

Para el proceso penal una comisión especial creada por el Poder Legislativo en 1986 preparó un proyecto, con proceso también oral, que se encuentra aún a estudio del Parlamento.

Derecho Penal

Es el que estudia los delitos, los delincuentes y las penas que a éstos se impone.

Esta rama del Derecho, desde largo tiempo separada de las demás, tienen una técnica especial. En nuestro Derecho se encuentra regida por el Código Penal de 1934, que reformó el antiguo de 1889, propiciado por la autoridad del doctor José Irureta Goyena, que puede considerarse bastante moderno.

Derecho Constitucional

Con esta rama entramos en forma indiscutible en el campo del Derecho público.

Este se puede dividir en interno e internacional; el interno a su vez tiene dos grandes ramas, el orgánico o constitucional y el funcional o administrativo. Es decir, que al efectuar el estudio del Derecho estatal nos podemos colocar en dos momentos: cuando estudiamos la organización, el Derecho, diríamos, estático y cuando estudiamos el funcionamiento del Estado, su dinámica.

El Derecho constitucional es el conjunto de normas que regulan la organización jurídica del Estado; se han dado en llamar por algunos también el Derecho Político. Se ocupa de varios temas que trataremos en este texto: el Estado, el gobierno, los derechos humanos, etc.

Reconoce como fuente fundamental la Constitución.

Derecho Administrativo

Es el Derecho Público interno funcional. El Estado, una vez organizado, una vez creado, debe ser administrado.

Hay toda una rama del Derecho que estudia dicha administración del Estado, definida, como dice un autor, como el "conjunto de reglas relativas a los servicios públicos"[31]. Estudia entonces, los agentes de administración (funcionarios públicos), sus deberes, derechos y responsabilidades; las diversas unidades administrativas del Estado (Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos, etc.) y la justicia de la Administración que, como veremos, adquiere particular importancia, modernamente, a través del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en nuestro Derecho.

El Derecho administrativo reconoce también, como fuente primaria la Constitución de la República. Sin embargo se encuentra contenido en múltiples leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc.

Derecho Internacional Público

El Derecho Internacional Público es la rama que se refiere a las relaciones jurídicas entre los Estados. De este Derecho, como veremos en la Unidad IX, se ha discutido hasta su existencia misma, negándose por algunos autores. En realidad, se trata de una rama de creación reciente, pero de enorme importancia y trascendencia.

Su fuente son los Tratados entre distintos países o aquellos que crean las Organizaciones Internacionales que estudiamos más adelante. Nuestro país pertenece a una serie muy grande de estas Organizaciones, entre las que se destacan y serán objeto de nuestro estudio, la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos (V. Unidad X).

Derecho Internacional Privado

Es el que regula las relaciones entre los particulares de los diferentes Estados;

(31) Gastón JEZE, *Les principes généraux du Droit administratif*. Paris, 1925, t. I, pág. 1

el que resuelve el problema de la aplicación de la ley en el espacio. Cuando dos personas están en diferentes países y tienen vínculos jurídicos ¿cuál ley se aplica? cuando dos personas se casan en Argentina y luego se radican en Uruguay ¿cuál ley rige su divorcio? Si una persona muere en Paraguay, tiene bienes en Argentina e hizo testamento en Francia, ¿qué ley rige la sucesión?, ¿cuál las formas del testamento? Estos múltiples problemas los resuelve el Derecho Internacional Privado. Especialmente se trata de responder a dos cuestiones: cuál es el Juez competente y que ley se aplica en el caso (conflicto de leyes).

Este Derecho también encuentra su fuente principal en los Tratados. Nuestro país está vinculado por múltiples acuerdos con muchísimos otros del mundo. Quizá lo más destacado es lo que nos une a los países americanos, regulado especialmente por tratados propiciados por el Comite Jurídico de la O.E.A., a través de las diversas Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado, conocidas como CIDIP (I, Panamá, 1975; II, Montevideo, 1979; III, La Paz, 1984; IV Montevideo, 1989 y V, México, 1994). Estas normas, aprobadas por muchos países del área, sustituyen a los viejos Tratados que nos unían a Argentina, Paraguay, Bolivia y Perú, llamados de Montevideo (1889 y 1940) que aún subsisten parcialmente.

Fuera de estos tratados multilaterales existen otros bilaterales que nos unen a muy diversos países del mundo, aunque son, generalmente, más parciales, esto es, se refieren a ciertas ramas (extradición para los delincuentes, intercambio de exhortos judiciales para cumplir actos de un país en otro, ejecución de sentencias, restitución de menores, etc.).

Cuando no tenemos Tratado con un país, nos regimos por los preceptos del Derecho interno, previstos para regular situaciones internacionales, referentes al problema de que se trata. Es indudable que en este caso pueden darse situaciones insolubles, por lo que cabe esperar que el aumento en las relaciones internacionales lleve a regular todas las cuestiones y entre todos los países.

Otras Modernas Ramas del Derecho

La época moderna al hacer más complejas las relaciones sociales y más especializadas algunas de sus formas, ha ido creando otras ramas del Derecho que no se encuentran dentro de las que hemos estudiado.

Así, por ejemplo, ha aparecido la necesidad de crear una rama especial para el Derecho Agrario o Rural, dada la importancia y especialización que ha adquirido en nuestra época. En Uruguay existe un Código rural que en 1942 fue modificado y puesto al día; esto es, se trata de uno de nuestros cuerpos de leyes más modernos. Existe también un Código de Aguas del año 1978.

Lo mismo sucede con el Derecho Aeronáutico, materia regida en la actualidad por el Código Aeronáutico, promulgado en 1974. Y con el Derecho Tributario, regido también por el Código de la materia.

Existen otras ramas del Derecho, de reciente creación, cuyos alcances se van delineando. Nos referimos, por ejemplo, al Derecho Informático, sobre el cual aún

no existe legislación en nuestro país. Y al Derecho Ambiental, rama que si bien aún no se ha perfilado en nuestro país, desde el punto de vista científico., como totalmente autónoma, cuenta ya con importantes normas, como la reciente Ley de Protección al Medio Ambiente y Prevención del Impacto Ambiental (Ley N°. 16466 de enero de 1994).

Lecturas recomendadas para esta unidad

DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho.* Traducción española con adiciones de Luis Recasens Siches.

VANNI, Icilio, *Filosofía del Derecho.*

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Introducción a la Ciencia del Derecho.*

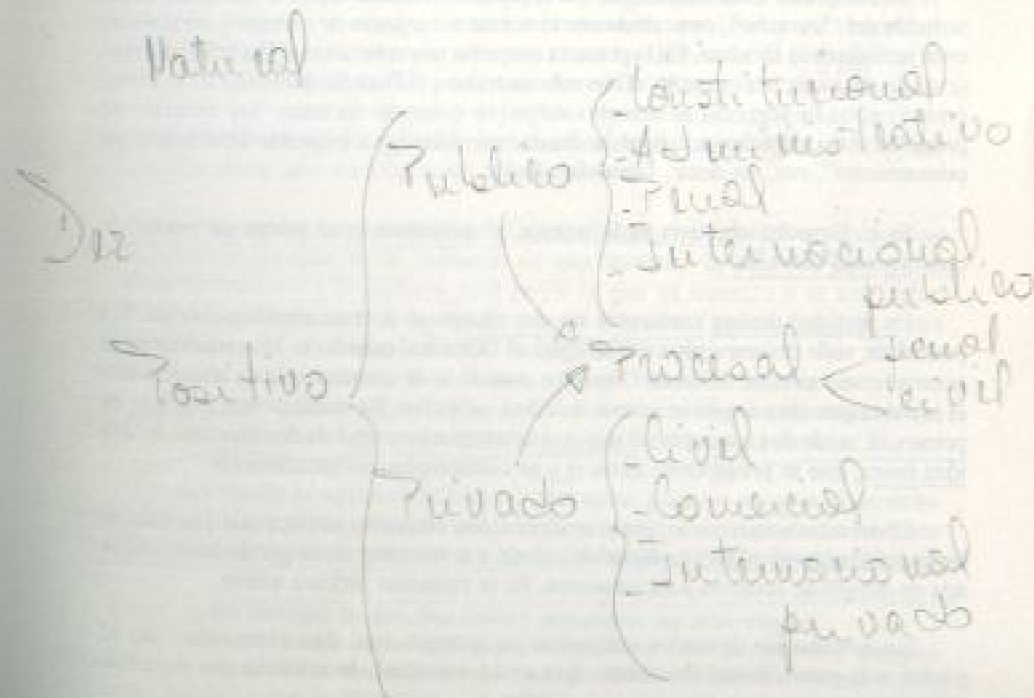
RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho.*

RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y Derecho.*

Para el Derecho natural especialmente, BODENHEIMER, Edgard, *Teoría del Derecho.*

RADBRUCH, G., *Introducción a la Ciencia del Derecho.*

AFTALION, GARCIA OLANO VILANOVA, *Introducción al Derecho.*



UNIDAD II

EL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO

LAS SITUACIONES JURIDICAS

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. SUJETO DEL DERECHO - RELACION JURIDICA

Concepto de derecho subjetivo. (Situación jurídica activa)

Al referirnos a las acepciones de la palabra Derecho dijimos que unas veces se habla del "Derecho", concebido como norma o conjunto de normas y otras veces en el sentido de la facultad. En la primera acepción nos referimos al Derecho objetivo (cuando decimos, por ejemplo, el Derecho romano o el Derecho laboral, esto es como norma) y en la segunda al derecho subjetivo (cuando decimos "mi derecho de propiedad, mi derecho a cobrar la deuda, mi derecho a expresar libremente mi pensamiento", etc., es decir, como facultad).

Si el Derecho objetivo es la norma, el subjetivo es el poder de actuar de conformidad con ella.

En realidad ambos conceptos no son distintos: se trata simplemente de dos puntos de vista diversos para contemplar el Derecho, cuando se le considera en sí mismo, como norma, se llama Objetivo; cuando se le comntempla en relación con el hombre que obra según la norma, se llama subjetivo. Es evidente que estamos en presencia, no de dos conceptos distintos y contrapuestos, sino de dos aspectos de una idea única, que se presuponen entre si y se contemplan recíprocamente.

El derecho subjetivo es, pues, una pecucliar situación jurídica que consiste en la posibilidad (o el poder) de obrar de cuardo a la norma y de exigir de otros lo que nos es debido de acuerdo a dicha norma. Es la situación jurídica activa.

La noción de derecho subjetivo se integra con dos elementos: a) el poder o la posibilidad de obrar, que es lo esencial, la médula del derecho subjetivo.

Yo tengo una serie de posibilidades de obrar acordadas por las normas. Hemos dicho que el Derecho objetivo aparece entonces como un principio de orden por el cual se establece la esfera de actividad de cada individuo en la comunidad. el Derecho subjetivo aparece entonces como un principio de libertad, como la posibilidad de desenvolverse cada una dentro de esa esfera que el Derecho (objetivo) si bien limita, también garantiza. Es lo que se llama propiamente la facultad.

b) la pretensión o garantía que es el elemento externo, consiste en la posibilidad de exigir a los demás lo que nos es debido o en la "imposibilidad de todo impedimento ajeno" (Del Vecchio). Los demás deben respetar mi actividad y obrar conforme a mis derechos.

Estos dos elementos o dos momentos de derecho subjetivo, existen siempre, aunque algunas veces se destapa con mayor nitidez uno que otro. Así por ejemplo, hay ciertas clases de derechos en los que predomina el elemento interno, el poder, como por ejemplo en los derechos reales como el de propiedad, en el cual aparece más clara la facultad de disponer de la cosa, usarla, etc.; mientras que en otros, como en los derechos personales[1], predomina el elemento externo o sea la pretensión (en el derecho de crédito aparece, en primer plano, la exigencia al deudor para que pague).

Otras veces la predominancia de estos elementos es distinta según el momento de la vida del derecho subjetivo y según como se cumpla con él. Así en un primer momento, cuando el derecho subjetivo es respetado predomina el elemento interno, esto es, el poder de hacer: la pretensión, el reclamo de garantía se halla, podemos decir, en potencia. Pero en cuanto la amenaza aparece o el derecho del titular es desconocido en los hechos, surge en primer plano el segundo elemento, es decir, la posibilidad de exigir el cumplimiento que va implícito en el derecho.

En este segundo momento, en el cual el derecho subjetivo se dispone a defendernos porque se le vulnera, es que aparece la *acción*. Esta es la facultad de recurrir a la justicia para pedir lo que es nuestro o se nos debe. Es el derecho subjetivo que se recubre de su armadura para bajar a la arena a defenderse. Es el complemento indispensable del poder. Por eso la organización jurídica acuerda siempre a quien tiene un derecho subjetivo una *acción* para poder presentarse judicialmente pidiendo el amparo del Estado para obtener el goce de la facultad que le otorga la norma [2].

De este modo se aprehende bien el concepto, pues se aprecia al derecho subjetivo no sólo en su carácter estático de situación jurídica de un hombre frente a la norma, sino también en la dinámica de su funcionamiento, no

(1) Sobre concepto de derechos reales y personales, ver infra, pág. 63.

(2) Algunos autores suelen distinguir e independizar estos momentos. Y entonces limitan el concepto del derecho subjetivo al poder o posibilidad. En general la mayoría de la doctrina considera que la pretensión y la garantía (ese segundo momento) integran el

sólo en el elemento poder o posibilidad de actuar, sino en su propia actuación y garantía por el Derecho objetivo [3].

Deber jurídico (situación jurídica pasiva)

El derecho subjetivo es una de las situaciones jurídicas del individuo. Pero hay otra posible situación jurídica, es decir, otra posición del sujeto frente a la norma. Es la del deber jurídico [4].

La doctrina moderna ha destacado, al lado del derecho subjetivo al cual se refería exclusivamente la teoría clásica, la importancia de este deber. Y parecería que tiene razón al considerar que lo esencial es el deber jurídico, que emana directamente de la norma, sin admitir que por eso desaparezca el derecho subjetivo.

El deber es fundamental; todo derecho implica un deber de uno o varios sujetos mientras que puede haber deberes sin derecho, (aunque aquellos se dicten siempre en función de otros individuos, como dijimos al hablar de la bilateralidad).

Si el acreedor tienen derecho a cobrar es porque el deudor tiene por imperativo de la norma, el deber de pagar.

Es la situación jurídica pasiva.

---

concepto del derecho subjetivo. No podemos decir lo mismo respecto de la acción. La moderna teoría procesalista ya no considera a la acción como el mismo derecho subjetivo (*casquée et armée en guerre*). En las brillantes clases que diera en la Facultad de Derecho el profesor Tulio Liebman, demostraba que la acción es autónoma e independiente del derecho subjetivo, pues este "tiende a un comportamiento determinado de otra persona, mientras que la acción tiene por fin obtener un determinado efecto por intermedio de la actividad de un órgano público"... "son dos figuras distintas que tienen distinto contenido ... a pesar del paralelismo que hay entre ellas". (Revista de Estudios Jurídicos y Sociales del Centro Estudiantes de Derecho, t. XIII, Nº 70, pág. 233.Conforme COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal*, págs. 30 y sigts.).

(3) E. VESCOVI, *Il concetto del diritto subjettivo e la realtà contemporanea*, Riv. Intern. di Filos. del Diritto, set-oct. 1961, pág. 405.

(4) La teoría moderna, con bastante razón a nuestro juicio, parte de la idea de situación jurídica, la cual integran los conceptos de deber jurídico y derecho subjetivo. La situación jurídica es la situación existencial del individuo en cuanto la norma considera la como relevante para producir ciertas consecuencias de Derecho.

LEGAZ Y LACAMBRA (*ob. cit.* pág. 541) la define como "las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, con arreglo a las cuales realiza las varias formas de conducta que constituyen el activo y el pasivo, de su hacer jurídico".

La situación jurídica es, pues, una particular situación del individuo considerada por la norma, que puede sonsistir en un derecho o un deber. Es decir que el derecho considerado en relación al hombre puede darnos la situación de "deber" o de "derecho" (en sentido subjetivo).

PROBLEMAS DEL DERECHO SUBJETIVO Y TEORIAS

El primer problema, lógicamente, es el de saber si hay o no derechos subjetivos (existencia) y el segundo, admitido que existen, es el de saber en qué consisten (naturaleza). No obstante, por razones de pedagogía y para seguir el orden cronológico de aparición, los estudiaremos en forma inversa.

Problemas de la naturaleza de los derechos subjetivos

Consiste en saber cuál es la esencia del derecho subjetivo, en qué carácter o elemento radica su naturaleza principal, cuál es su contenido.

1) Teoría de la voluntad

Esta teoría expuesta principalmente por Winscheid, sostiene que el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico.

Según Winscheid, del derecho como facultad puede hablarse en dos sentidos. En primer lugar, por derecho subjetivo se entiende la facultad de exigir un determinado comportamiento positivo o negativo, de la persona o personas que se hallen frente al titular. Existe la norma que establece el mandato y da la facultad y depende de la voluntad del beneficiario de esa norma, que ella ponga en movimiento el derecho subjetivo.

En otros casos, la voluntad no solo es necesaria para poner en movimiento el derecho subjetivo, sino hasta para hacerlo nacer. Se dice que el propietario tiene el derecho subjetivo de vender su propiedad. Pero ¿cuándo? Cuando quiere. La voluntad aquí juega un papel más importante que en el otro caso: crea el derecho. Naturalmente siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Pero en cualquier forma, siempre el derecho aparece como un poder de la voluntad del sujeto, reconocido por el orden jurídico.

Esta doctrina ha sido objeto de múltiples objeciones. En primer lugar se ha dicho que hay seres humanos que tienen derechos subjetivos y carecen de voluntad válida para el Derecho, como los menores e incapaces. Un niño tienen derechos: es propietario, acreedor, etc. y no tienen voluntad válida. Además hay casos en que los derechos subjetivos aparecen sin el soporte real de la voluntad humana, como cuando el titular ignora su existencia (Por ejemplo, un heredero que no sabe que es tal y sin embargo tiene derechos). Lo mismo sucede durante el sueño: el derecho subjetivo a la integridad física, por ejemplo, no desaparece y sin embargo la voluntad no lo está apoyando. Por último y como argumento más efectivo, se cita el caso de ciertos derechos subjetivos que se dan contra la voluntad del sujeto, como

los llamados irrenunciables. (Caso de los derechos acordados a favor de los obreros: salarios, licencias, indemnizaciones). Hay derechos que se acuerdan aun cuando el titular no los quiera.

2) Teoría del interés

Ihering, principal crítico de la teoría voluntaria, sostuvo que el derecho subjetivo no tienen por naturaleza el fin de realizar la voluntad sino garantizar los intereses.

Este autor, esutdinado el fin del Derecho, sostiene que no es el de realizar la voluntad sino garantizar los intereses, ayudar las necesidades de los hombres. La actividad dirigida a producir cosas útiles y no la voluntad, dice, es la sustancia del Derecho.

El interés es entendido en sentido amplisímo, se aplica no sólo a lo material o suceptible de contenido económico, sino también comprendiendo los valores de la personalidad, honor, vinculos familiares, etc.

Debe notarse que no basta el interés para que exista el derecho subjetio; es necesario además que haya sido reconocido como tal por el orden jurídico y "protegido" por éste.

Contra esta teoría se han levantado parecidas críticas que a la anterior. Se señalan muchos casos en los cuales la norma jurídica acuerda protección y poderes (derecho subjetivo), aunque el titular no tenga interés (caso del sordo que tiene derecho a concurrir al concierto porque posee la entrada) y en otros casos falta el derecho cuando se posee un verdadero interés.

Pero lo fundamental para desechar ambas teorías es que las dos caen en el error de dejar librado el derecho subjetivo a una *consideración individualista*. Sea la voluntad o el interés, el linaje psicológico de las teorías es idéntico y enfrenta el concepto general (y formal) de la norma jurídica a la *posición individual*. Cuando el Derecho otorga una facultad lo hace sin considerar la situación particualar (voluntad o interés) de los individuos psicológicamente considerados. El derecho (subjetivo) se otroga a la persona (ente abstracto) tenga voluntad o no, tenga interés o no y no al individuo (psicológicamente hablando) que es un ser humano movido por cierto interés o cierta voluntad. Por eso nunca puede radicar el contenido del derecho en ninguna facultad psicológica individual.

3)Teorías modernas de la voluntad o el interes

En el afán de evitar esa crítica se han buscado nuevas fórmulas para fundar el derecho subjetivo en el interés o la voluntad.

El propio Windscheid dijo que la voluntad a la que había que considerar no era la individual sino la "voluntad del ordenamiento jurídico", lo que en cierto modo implica desdecirse de toda su teoría, pues al principio, evidentemente, hacia descansar el derecho subjetivo en la facultad psicológica (individual) del hombre.

Del Vecchio habla de voluntad en potencia y no en acto [5].

Los autores de la teoría del interés realizaron los mismos esfuerzos y así Ihering aclaró que no se refería a los intereses particulares -concepto que lo lleva al campo psicológico- sino a un interés "medio", es decir al interés predominante en una determinada sociedad; pero como dice García Maynez [6] "cuando se habla de intereses medios, se acepta que el interés, como realidad psicológica no se da en todos los casos, con lo cual se da por tierra con la teoría tal como se había expuesto al principio".

Es que una de dos: o se habla de voluntad o interés en el sentido psicológico como facultad individual o se acepta un concepto general (formal) y entonces desaparecen la voluntad y el interés.

4) Teorías eclécticas (de la voluntad y el interés reunidos)

Estas doctrinas surgen de la observación de que el interés es el soporte de la voluntad y no pueden darse por separado. Ya el mismo Ihering señaló que la voluntad no puede ejercitarse sin un objeto. (Como dice Jellinek, uno de los autores de esta teoría combinada, no se puede ver ni oir simplemente, sino que es necesario ver u oir algo). Y a la vez se ha notado que los intereses solos no constituyen derechos, si a ellos no se dirige la voluntad. No hay interés si la voluntad no se dirige a buscar o desear un bien. Donde hay voluntad hay interés y viceversa; por eso se colocó como contenido del Derecho el interés y la voluntad reunidos.

De cualquier manera todas las objeciones que se hacen contra las teorías por separado se reúnen para destruir a esta teoría combinada.

Sobre todo queda en pie la objeción fundamental: la noción del derecho subjetivo queda centrada en el individuo. Es el denominador común a todas estas teorías: partiendo de la concepción del Derecho natural, colocan al Derecho dentro del hombre. Esto es lo que va a conducir, por reacción, a negar el derecho subjetivo.

Problema de la existencia de los derechos subjetivos

Hay autores que han negado la existencia de los derechos subjetivos.

Teorías negativas

Hay dos direcciones principales entre las doctrinas que niegan los derechos subjetivos: una corriente se nueve más bien en el plano político y

(5) DEL VECCHIO, *ob. cit.*, t. II, pág. 15.
(6) *Ob. cit.*, t. I, pág. 237.

representa una reacción contra la doctrina del Derecho natural; la otra consiste en la absorción del derecho subjetivo por la norma [7].

Duguit

Este autor es realista. El rasgo más caracteristico de toda su doctrina es el haber querido construir la ciencia del Derecho sobre la observación de los hechos. El realismo, dice, no es ni una escuela ni una doctrina, es sólo un método, el único método fecundo... Es necesario observar los hechos, analizarlos y hacer su síntesis. La única realidad es la que surge de la observación.

Estudiando la realidad social, Duguit descubre un hecho fundamental que se repite en todas las agrupaciones humanas: la solidaridad o interdependencia social. El hombre vive y ha vivido siempre en sociedad y en el grupo está unido por los lazos de solidaridad social [8]. De esta solidaridad surge la regla de Derecho, es decir, la regla de conducta que se impone al hombre por la fuerza misma de las cosas, regla que puede formularse así: no hacer nada que vaya contra la solidaridad social y hacer todo lo que tienda a desenvolverla [9]. La regla de Derecho surge, pues, naturalmente, de la solidaridad social; es una simple transformación de las reglas sociales en jurídicas que se produce cuando el hombre tiene conciencia de que ellas son necesarias para mantener la solidaridad. Entonces se sanciona la regla con una acción; es decir, se pone a su servicio el ordenamiento positivo. La ley no aparece, pues, como en la tesis racionalista, como creando normas, sino simplemente como comprobando la existencia de la norma social y sancionando el incumplimiento.

Con este punto de partida y esta concepción del Derecho, es lógica la conclusión de la negación de los derechos subjetivos, sobre todo cuando éstos se conciben como una facultad psicológica.

Para Duguit la única realidad es la regla del Derecho, esto es, el Derecho objetivo. Lo que se ve son los deberes. El derecho subjetivo, dice, reposa en la voluntad y ésta es una noción metafísica (no real por no provenir de la observación) y como tal debe ser desterrada del Derecho. En ningún lado encuentra fundamento real la idea de que existe un derecho que consiste en el poder de una voluntad de imponerse a otra voluntad. La única realidad es la existencia de deberes.

(7) El verdadero origen de las teorías negatorias estaría, según los autores, en el positivismo jurídico del siglo XIX, especialmente en la teoría de Augusto THON que, como después KELSEN, divide las normas en primarias y secundarias y afirman que en ningún caso aparece un derecho propio del individuo, sino cuando se produce la infracción. (Conforme: DIAZ CRUZ, *La doctrina del derecho subjetivo*, Madrid, 1947, pág. 17).

(8) DUGUIT, *Manuel de Droit constitutionnel*, págs. 9 y 10.

(9) *Ob. cit.*, págs 13 a 15.

También Duguit ataca la idea del derecho subjetivo, como concepción individualista y *a priori*. Dice que considerar que el hombre tiene por sí ciertos derechos fuera de la sociedad, es otra afirmación falsa: ella parte de la idea indemostrable de la existencia del hombre aislado y de los derechos innatos. La única cosa que observamos en la realidad es que el hombre es un ser social y que no tiene ningún derecho fuera del grupo. Por dos puntos diversos, pues, llega a negar el concepto.

Duguit sustituye la idea del derecho subjetivo por la de "situación jurídica subjetiva". Dice que la norma social por su origen se individualiza en su aplicación y va creando dichas situaciones jurídicas. La situación de los hombres frente a los deberes es lo único que queda del concepto de derecho subjetivo.

La teoría expuesta tuvo gran importancia en la concepción del derecho subjetivo. Debemos señalar que se dirige principalmente a criticar la idea de un derecho subjetivo basado en la voluntad, pero que en el fondo admite que existe una situación jurídica y hasta llega a aceptar que esta puede estar determinada por una manifestación de la voluntad del individuo. Es decir, que no niega realmente al derecho subjetivo.

Kelsen

Kelsen parte de un punto de vista distinto. Es un autor formalista; su lema es la pureza del método. Cuando estudiamos el Derecho, dice, debemos hacerlo con método jurídico, considerar exclusivamente esos problemas; lo demás, lo que no es jurídico, no debe tenerse en cuenta. No lo niega, lo ignora, como metajurídico. El Derecho es para él una disciplina independiente que pertenece a la esfera de lo normativo, es una ciencia de normas; más bien de forma, que de contenido.

Con esta base destierra de su ciencia todo lo que pueda tener un contenido psicológico (como las doctrinas estudiadas del derecho subjetivo). Aquellos autores -los de las teorías de la voluntad o el interés- según él, se preocuparon de investigar el contenido del derecho subjetivo, miraron qué era lo que se protegía y olvidaron que el Derecho es forma y no contenido, es la protección y no lo protegido. Sus errores pueden compararse a la falta en que incurría un estudiante de geometría a quien se le pidiera la definición de la esfera y contestara que ella puede ser de bronce o de madera.

Kelsen, pues, no niega la realidad del contenido, pero éste para él no integra un concepto riguroso de Derecho.

El Derecho es norma (objetivo). ¿Qué es lo que se llama derecho subjetivo?: el reflejo del deber jurídico de los demás. La mayor parte de las teorías coinciden en afirmar que el derecho subjetivo consiste en la esfera de acción que a una persona proporciona la existencia de los deberes

jurídicos de los demás. Pero en este caso lo único real, lo importante es el deber. Hablar de derecho subjetivo consiste en duplicar, en forma superflua, el concepto de deber. Porque todos tienen un deber de dejarme trasladar libremente, concluyen que tengo derecho a la locomoción, porque todos deben respetar mis bienes, dicen que tengo un derecho de propiedad, etc. Y eso no es exacto; lo único que hay allí es el deber.

Ahora bien, dice Kelsen, hay ciertos casos en los cuales la aplicación de una norma se hace depender de la declaración de voluntad de un sujeto. En este caso él se aproxima al concepto del derecho subjetivo, pero siempre como algo secundario; lo esencial es la norma, el deber. Así por ejemplo, no hay un derecho a no ser robado, sino un deber de no robar. Pero a veces el Estado para castigar espera la manifestación de voluntad de un sujeto; por ejemplo en los delitos contra el pudor (estupro, rapto, violación) se necesita la denuncia de la parte (porque si la parte lesionada no reclama el castigo, la intervención del Estado puede ser más perjudicial, lesionar el pudor más que si se deja pasar desapercibido el hecho). También si el acreedor no pide al Estado que obligue al deudor a pagar, aquel no interviene [10]. Pero en este caso estamos frente a una condición para la actuación de la norma y nada más.

Aun en este caso, en el que parece aceptarse el derecho subjetivo, éste queda supeditado a la norma, al deber. Y en otros casos el deber existe solo. Deber, pues, hay siempre, pero el correlativo, derecho subjetivo, aparece eventualmente.

También esta doctrina tuvo fundamental importancia en el desarrollo del Derecho, especialmente por cuanto llamó la atención sobre la noción del deber jurídico [11].

---

(10) "Toda proposición o precepto jurídico regula, pues, un deber jurídico, pero en cambio no siempre origina una autorización o pretensión, esto es, lo que suele llamarse derecho subjetivo, que constituye la segunda forma del Derecho en su acepción subjetiva (la primera es el deber jurídico). Sólo se puede hablar de que exista una autorización, pretensión o derecho subjetivo (en el riguroso sentido técnico de la palabra) cuando entre las condiciones a las cuales está ligada la consecuencia jurídica (por el precepto) figura también la declaración de voluntad de un sujeto al cual se supone interesado en aquella consecuencia; de suerte que la aplicación de ésta depende en algún modo de una declaración de voluntad de dicho sujeto, de tal forma que el orden jurídico dirigido contra el obligado se encuentre en cierto sentido a disposición del autorizado o sea de aquella persona cuya declaración de voluntad es una condición para que se realice el acto coactivo contra el obligado; es decir del titular de ese llamado derecho subjetivo". Hans KELSEN, *Compendio de teoría general del Estado.* Traducción de Recasens y Azcárate, Barcelona, 1934, págs. 126-127.

Esta condición para que actúe la norma -manifestación de voluntad del sujeto- es como otra cualquiera; integra la estructura de la propia norma.

(11) KELSEN ha tenido el mérito de recalcar la importancia del deber jurídico y especialmente en desvincularlo del deber moral, criticando a quienes construyen el concepto

Sin embargo, en su posición se exagera, pues no parece exacto que pueda subsumirse el concepto del derecho subjetivo en el de norma jurídica. Ambos están ligados pero son cosa distinta. El derecho subjetivo depende de la norma, es una posibilidad de actuar de acuerdo con ella, pero es distinto de la misma.

Además Kelsen viene a identificar el derecho subjetivo con la posibilidad de pedir la sanción jurídica, es decir con la acción. Nosotros vimos que el derecho subjetivo existe antes que la acción y que la moderna doctrina independiza al derecho, al poder que tiene una persona, de la acción, esto es, de la facultad de reclamar ante la justicia que otra persona respete esta posibilidad de obrar.

Conclusiones

Las teorías negatorias han tenido la virtud de colocar en el plano que le corresponde al deber jurídico. Las conclusiones de la teoría moderna conducen a admitir los derechos subjetivos como uno de los aspectos de la situación jurídica con relación a la norma. Es decir, que cuando se observa al Derecho con relación al sujeto se puede apreciar a éste con un deber o con un derecho y en cada uno de esos casos aparece la relación entre el sujeto y la norma.

Es indudable que puede aceptarse la idea de un derecho subjetivo como posibilidad de actuar, sin que esto lo identifique con la norma; es también innegable que el Derecho objetivo acuerda facultades, sin que por ello nos refiramos a un fenómeno volitivo. (La facultad existe aun cuando la voluntad está en contra de ella o no se ejercite).

En cuanto a las consecuencias de las diversas posiciones debemos señalar que las doctrinas del interés y la voluntad tenían la ventaja de centrar el Derecho en el hombre y hacerlo depender de él, mientras que las teorías negatorias, sin pretenderlo, pueden llegar a olvidar que la suprema razón del Derecho se encuentra en el individuo [12].

---

con los mismos ingredientes del deber moral. Siendo el deber correlativo de la norma, si ésta es independiente de la moral aquel también debe serlo.

(12) Es indudable, que aun sin que los autores que niegan los derechos subjetivos lo sostengan, las teorías negatorias pueden implicar con la objetivación del Derecho, su deshumanización. Cuando se piensa que el concepto de derecho subjetivo como poder, no es un elemento necesario a la ontología del Derecho y cuando se admite que aquel sólo aparece en la vida anormal del Derecho (cuando éste se viola) se entra por ese camino.

Por eso conviene recordar que si a la Filosofía del Derecho esta idea puede no serle indispensable, en cambio la ciencia, la técnica o el arte jurídico necesitan de ella para realizar los fines del Derecho. Al jurista -al filósofo puede ser- no le basta que el Derecho sea en

Nosotros, al admitir que el derecho subjetivo, al igual que el deber, constituye una situación jurídica que emana del Derecho objetivo, no dejamos de pensar que la finalidad esencial del Derecho es el hombre. En todo caso podemos admitir con Goldschmidt que el fin de los imperativos jurídicos es la constitución de los derechos subjetivos [13].

Y si nos ponen en la alternativa de pronunciarnos entre los derechos y los deberes -falsa oposición- nos quedamos con aquéllos. El único sentido del deber es, al fin, salvaguardar el derecho, cuando la norma jurídica me impone un deber, es para salvaguardar el derecho de otro. Cuando el Derecho limita mi esfera de acción, restringiendo mi libertad, es porque al salir de ella perjudico la actividad de otro.

El Derecho -como norma- no es mas que un medio, un instrumento, para hacer posible la vida social; cuando sentimos el peso de su complejidad, es porque refleja la complejidad misma de la vida en relación de los hombres. Pero cuando el Derecho aparece como un fin en sí mismo que oprime al hombre, es porque se ha desvirtuado su función. Cuando los deberes se imponen por sí mismos y no para salvaguardar los derechos, carecen de sentido. Por ello debemos defender al derecho subjetivo como la finalidad esencial de la norma jurídica.

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Las clasificaciones de los derechos subjetivos son muy variadas, difiriendo según los autores. Además, combinando los diversos criterios, se pueden realizar muchas subdivisiones.

1) Públicos y privados

Una gran división separa al Derecho en público y privado (como vimos). Esta distinción se aplica a los derechos subjetivos. Se dice que son públicos los que existen con relación al Estado, como los derechos políticos (voto, elegibilidad, etc.) o los derechos individuales en general (libertad de expresar el pensamiento, de reunión, de cultos, etcétera). En cambio son derechos subjetivos privados los que se poseen frente a otro particular (derecho de crédito, etc.).

definitiva un "deber ser"; le interesa además que ese "deber ser" se cumpla, cristalice la mayor cantidad de veces posible. El mismo KELSEN admite que la norma debe tener un cierto grado de cumplimiento. Y la norma se cumple a través de su individualización, a través de los hombres para los cuales y por los cuales es creada.

Por eso cuando se actúa como jurista no basta hacer una ley y esperar que se cumpla. Es necesario que la ley tenga una base real y humana y es imprescindible que se prevea la posibilidad de violación como algo corriente -aunque se quiera clasificar de anormal o patológico- asignándole la respectiva garantía.

Por eso cuando se estudia el derecho subjetivo, no se puede olvidar que aunque no radique en la voluntad individual, está orientado hacia el hombre y por el hombre.

(13) James GOLDSCHMIDT, *Problemas generales del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1914, págs. 61 y 62.

2) Absolutos y relativos

Se llaman derechos subjetivos absolutos a los que se poseen frente a todo el mundo y por consiguiente el deber jurídico corresponde a un número indeterminado de personas (se ha dicho que el sujeto pasivo es universal). Relativos son aquellos que valen frente a una persona, que tiene un sujeto pasivo determinado. El derecho de propiedad es absoluto, los obligados a respetarlo son todos los hombres, menos el titular. El derecho de crédito es relativo, hay un obligado determinado, el deudor [14].

3) Derechos patrimoniales y de la personalidad

Derechos patrimoniales son los que tienen un contenido económico: susceptible de ser avaluado en dinero. El concepto de *patrimonio* abarca el conjunto de bienes y deudas de una persona que tienen un valor económico. Es, pues, un concepto abstracto que puede comprender sólo deudas (por eso alguien ha dicho que es como una "bolsa vacía").

Los derechos patrimoniales son, por ejemplo, el derecho de crédito, el de propiedad, etc.

Los derechos no patrimoniales son los llamados de la personalidad y se refieren al individuo como tal, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, al nombre o al individuo en sus relaciones de familia como los derechos que emanan del parentesco o matrimonio (patria potestad, tutela, etc.).

Los derechos patrimoniales se pueden enajenar (vender, ceder, etc.) y se trasmiten por herencia, no así los derechos de la personalidad.

Los derechos patrimoniales se subdividen en *reales y personales*.

Dice nuestro Código Civil que "derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona" (art. 472). Esta afirmación, de una relación entre el hombre y la cosa, si bien no es exacta, da una idea clara del concepto.

Nosotros sabemos que no hay relación entre hombre y cosa, sino sólo entre personas; por eso el derecho real es el derecho patrimonial absoluto, es decir, el que poseemos frente a un número indeterminado de personas ("sin relación a determinada persona", como dice el Código). La relación existe eventualmente y aparece cuando se viola el derecho. Entonces se individualiza al otro sujeto de la relación. Derecho real es, por ejemplo, el de propiedad, el de prenda, el de hipoteca. En ellos aparece un atributo especial: el derecho de persecución, que es lo que hace pensar en la relación del hombre con la cosa. El que tiene una hipoteca sobre un bien tiene su derecho

(14) COVIELLO hace notar que la expresión es impropia, pues todos los derechos son relativos y que la diferencia consiste en que a los llamados absolutos corresponde un deber negativo y a los otros un deber positivo o negativo según la naturaleza de la relación (*ob. cit.*, pág. 31).

mantiene, sigue a la cosa. Por eso, con la salvedad hecha, nos presta cierta utilidad para pensar en la idea de derecho real, el concebir cierta vinculación directa entre el hombre y el objeto del derecho. (Esta por otra parte es de origen etimológico: real viene de res, cosa).

Derecho personal es, según el Código, "el que puede reclamarse de ciertas personas... que han contraído obligaciones" (artículo 473). Es decir, es el derecho patrimonial relativo, el que se tiene frente a personas determinadas, como el que tiene el prestamista ante el deudor por su crédito.

Los derechos de la personalidad, se dividen en derechos del individuo como tal y derecho del individuo como miembro de la familia.

Los primeros son derechos que han sido consagrados por las Constituciones de los diversos países: libertad, igualdad, seguridad, etc. Existen aun cuando no aparezca norma que los proteja, pues el principio es la existencia del derecho y la libertad. El artículo 72 de nuestra Constitución dice que "la enumeración, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno". El artículo 10 dice: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Los derechos del individuo como miembro de la familia derivan de la posición que ocupa en el seno de ésta [15].

Surgen así los diversos derechos que derivan de las relaciones de parentesco, que también son derechos de la personalidad y por ello particularísimos e intrasmisibles (derecho y deberes de los padres respecto de los hijos, entre esposos, etc.).

SUJETO DE DERECHO

Hemos hablado de los derechos y de los deberes jurídicos. El sujeto de estos deberes y derechos se llama PERSONA.

La palabra persona, que en lenguaje jurídico se toma como sinónimo de sujeto de derecho, designa la aptitud para adquirir derechos y obligaciones. El sujeto de derecho, pues, es el que tiene la posibilidad de tener deberes y facultades y se le llama persona.

---

(15) Algunos autores no incluyen los que derivan de las relaciones de familia entre los subjetivos, pues consideran que al estar las relaciones de familia controladas por la autoridad pública, falta en ellas el elemento voluntad que funciona como un pivot del derecho subjetivo. (IONESCU, *La notion de droit subjetif dans le Droit privé*, pág. 142, Revue Trimestrelle du Droit Civil, 1928, pág. 375).

El concepto de persona es un concepto jurídico, una noción especial para la ciencia del Derecho, que no coincide con el de otras disciplinas.

Aunque su origen es discutido, se considera que la palabra persona en su sentido originario significa máscara, era la careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena. Quería decir la función que dentro del drama representaba el actor (de allí "personaje").

En el lenguaje jurídico también significaba algo similar. La persona no es el hombre individual, sino tan sólo cierta posición (ciertas cualidades) del mismo tomada en cuenta por el Derecho.

Dice Recasens Siches: "Para el Derecho no viene en cuestión la integridad de mi persona humana, sino algunos de sus actos... lo que el Derecho toma en cuenta no es mi persona real, auténtica, sino dimensiones comunes, intercambiables con otros sujetos... una gran parte de mi ser humano, de mi conducta queda extramuros del Derecho... Ser persona de Derecho no es lo mismo que ser hombre individual... Ser individuo es ser yo y no otro, es ser una existencia única, intransferible... en cambio la personalidad jurídica atribuida al individuo se apoya en aquellas dimensiones de éste que no son individuales... que tiene de común con los demás" [16]. El individuo es Julio Pérez o Juan López, mientras que la persona es el ciudadano, el contribuyente, el juez, el vendedor, el heredero, el delincuente, etc.

Naturalmente que el Derecho no crea arbitrariamente la persona; se encuentra frente al individuo a quien no hace mas que reconocer ciertas condiciones naturales preexistentes [17].

El Derecho no puede crear personas allí donde no hay individuos. Su fin es regular relaciones entre los hombres.

Conviene, pues, cuidarse de los dos extremos: el que identifica la persona con el individuo; a éstos les diremos: no, la persona es un expediente de técnica jurídica, no una constatación de la Naturaleza, se es persona o no, *para el Derecho*. Pero debemos evitar la otra exageración: la de creer que la persona no tiene otra realidad que la jurídica, que sólo es un expediente de técnica (Gèny) o que el hombre de la

---

(16) RECASENS SICHES, *Adiciones a Del Vecchio, ob. cit.*, t. II, pág. 87. Ver además págs. 57 y sigts., 70 y 71.

(17) KELSEN, fiel a su pureza del método, tiene un concepto solamente formal de la persona, concibiéndola como el centro de imputación de las normas jurídicas. El sujeto de derecho no es mas que el resultado de la imputación a un ser de un conjunto de normas jurídicas. Hay una persona allí donde se imputan (atribuyen) derecho y deberes con lo cual la única realidad de la persona, es la realidad jurídica independientemente de la psicológica. Para él, el Derecho crea la persona; éste es un concepto jurídico exclusivamente. Por eso hay hombres que no son personas (los esclavos) y personas que no son hombres (persona jurídica).

Biología o de la Psicología no está en relación con el Derecho. A éstos también les diremos: no, el Derecho sólo puede crear personas allí donde hay individuos, seres humanos.

Por eso la conclusión más lógica es la intermedia: la personalidad no es otra cosa que el efecto del reconocimiento operado por el Derecho de la existencia de algunas condiciones naturales por las cuales un ser aparece como capaz de tener intereses dignos de tutela: por eso no es un derecho originario, como lo demuestra la historia de la esclavitud, ni una creación arbitraria del Derecho positivo [18].

Quiénes son personas. Clases de personas

El atributo de la calidad de persona depende del Derecho y entonces puede variar según las épocas y los diversos países.

Hay dos clases de personas: la individual o física y la colectiva, jurídica o moral.

Las personas físicas son los hombres. En el Derecho moderno todos los hombres son personas (sujetos de derecho). Antiguamente se les negaba esta cualidad a un grupo de hombres; los esclavos, los cuales eran objetos y no sujetos de derecho. Actualmente la calidad de persona atribuida a todos los individuos aparece como una exigencia indiscutida de la propia naturaleza del Derecho.

Las personas colectivas o jurídicas son los grupos de personas a quienes el Derecho considera como un solo sujeto.

Solamente los hombres o grupos de hombres, son sujetos de Derecho; las cosas no, son simplemente objetos. Tampoco son personas, en sentido jurídico, los animales; las leyes que protegen a éstos lo hacen en función de intereses humanos (conservación de especies, etc.) o para evitar las manifestaciones de sentimientos retrógrados.

No admitimos, pues, que haya derechos sin sujetos (como sostienen algunas doctrinas); solamente hay casos en los cuales el sujeto ignora la existencia de sus derechos (herencia yacente, títulos al portador, etc.).

Persona física. Existencia. Capacidad

La persona comienza con el nacimiento. El hombre es sujeto de derecho desde que nace hasta que muere. Es más, por una razón de técnica jurídica se acuerda el

(18) COVIELLO, *ob. cit.*, pág. 155.
En el mismo sentido PUGLIATTI señala que el concepto de persona se integra por un elemento formal -igual para las dos clases de personas- que consiste en una simple calificación por parte de la norma y un elemento material -distinto en los dos casos-. La personalidad es el resultado de los dos elementos: el material que constituye el substrato y está constituido por un conjunto de condiciones y presupuestos entre los cuales se destaca la existencia del hombre, y el formal que es el sello del ordenamiento jurídico. (Salvador PUGLIATTI, *Introducción al estudio del Derecho civil*, México, 1943, págs. 109 y 110).

carácter de sujeto, para ciertos derechos, al ser simplemente concebido con tal que nazca viable. En nuestro Derecho varias disposiciones acuerdan derechos (adquisición de bienes por herencia y donación) a los seres simplemente concebidos como tal, dice el Código Civil, que nazcan viables "esto es de vida y que hayan vivido veinticuatro horas naturales"[19].

Y la personalidad sólo se extingue con la muerte. Hubo una época en la cual, al que cometía algún delito muy grave se le imponía lo que se llamaba la muerte civil, extinguiendo la personalidad del sujeto aún en vida. (Sin embargo, a pesar de que se rompían los lazos jurídicos como los derechos de parentesco, de propiedad, etc., conservaba algunos, pudiendo recibir donaciones por causa de muerte, actuar en justicia por medio de su curador, reclamar alimentos, etc.). Esta institución medieval fue abolida en Francia en 1854.

Actualmente la personalidad jurídica sólo se extingue con la muerte. Algunos han sostenido que continúa después de la muerte y han señalado como prueba de ello la protección a los cadáveres (delito de vilipendio de cadáveres y profanación de tumbas, etc.). Pero es un error; el bien jurídico que se protege contra esos delitos no es la persona del difunto, sino el sentimiento de respeto de las demás (los parientes, la sociedad en general). La existencia del delito, pues, no significa que se reconozca que el sujeto de derecho sigue existiendo.

La calidad de persona está ligada a la capacidad jurídica. Hay dos clases de capacidades: *capacidad de goce* significa la aptitud de poseer derechos y obligaciones, o sea la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas y se encuentra involucrada en la persona como tal.

Todos los sujetos de derecho tienen capacidad de goce y como todos los hombres son sujetos de derecho son también capaces. Así, un niño o un demente, poseen derechos (pueden ser propietarios, pueden heredar, pueden prestar, vender, comprar, etc.). Son, pues, sujeto de derecho y capaces (de goce).

La *capacidad de ejercicio*, que es la aptitud para ejercer los derechos es, en cambio, restingida. Hay personas (llamadas incapaces: como los menores, los dementes) que no tienen capacidad de ejercicio y deben usar sus derechos por medio de otras personas (representantes). Así el menor tiene capacidad de goce, pero ejerce sus derechos por intermedio de su padre o tutor; el demente por medio del curador.

Distintos tipos de incapacidad

Frente a la capacidad está la *incapacidad*, que deriva de alguna ineptitud que hace que la ley limite a ese sujeto la posibilidad de ejercer sus derechos, en forma total o parcial. Cuando existe una de esas causas el legislador, en realidad para proteger los verdaderos derechos de ese sujeto, más que nada, le impone ciertas limitaciones.

(19) Código Civil, artículos 216, 835 y 1617. Esto hace decir a algunos autores que en todos los casos recién se es persona -para el Derecho-, luego de cumplidas esas condiciones: 24 horas de vida en condiciones de normalidad. Que no es lo que dice la ley.

Las causas de incapacidad son variadas y también las clases de incapacidad.

En efecto, estas suelen clasificarse en naturales y legales; normales y patológicas; transitorias y permanentes; absolutas y relativas; generales y especiales.

Las *naturales* son las que se encuentran en la propia naturaleza y la ley las toma simplemente, tales como las de la demencia o la minoría de edad; las *legales* son las que crea el legislador, como la de los comerciantes fallidos (quebrados) o como era, en nuestro Derecho hasta 1946, la de la mujer casada. No responden a una causa natural, sino a una razón de conveniencia jurídica.

También pueden ser *normales*, esto es aquella por la que pasa toda persona, como la de la minoría de edad, o *patológica*, debida a una enfermedad psíquica.

También se dividen en *permanentes* y *transitorias* según su duración. La evolución de la medicina ha hecho que muchas de las incapacidades por alteraciones mentales que se creían permanentes, al ser curables, se han convertido en transitorias. Lo que interesa, desde el punto de vista del Derecho, es que si se declara a una persona incapaz, lo que supone un procedimiento (examen médico, examen del Juez, sentencia, etc.) este estado luego puede ser modificado, si su salud mejora.

La clasificación que utiliza el Código Civil es la de incapacidades absolutas y relativas. En la primera clase incluye a los impúberes, los dementes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Los dementes son los enfermos mentales que han sido declarados incapaces por el Juez, luego de un proceso judicial; los sordomudos sólo son incapaces si no pueden darse a entender por escrito, en el régimen del Código. Los impúberes son aquellos menores que no han llegado a la pubertad, es decir a la edad fisiológica y psicológica que produce una transformación en el menor. Es decir que el legislador distingue durante la minoría de edad (que llega en Uruguay hasta los 21 años, en general, salvo para algunas actividades) dos periodos. Durante toda la minoría de edad el menor, incapaz, actúa representado por sus padres (tutor, etc.), pero cuando entra en la pubertad la incapacidad es relativa, esto es de menor grado. O sea que puede realizar algunos actos (puede casarse, puede tener un patrimonio propio proveniente de su trabajo, etc.). Inclusive puede ser emancipado o habilitado de edad, lo que significa que si tiene 18 años puede realizar actos civiles y comerciales con ciertas limitaciones.

También son incapaces relativos, según el Código, los comerciantes declarados en quiebra.

La diferencia entre ambas incapacidades es que en el caso de la absoluta sus actos no producen ninguna obligación. (Si firmaran un contrato, contrajeran una deuda, etc., sería absolutamente inválido).

En cuanto a los incapaces relativos sus obligaciones, si bien no son válidas, en cambio pueden estar sujetas a ratificación.

Domicilio. Estado Civil. Matimonio. Divorcio

El sujeto de derecho tiene una ubicación en el espacio, tiene un *domicilio* que es importante a los efectos jurídicos. Así, por ejemplo, si yo quiero efectuar una denuncia contra una persona, o iniciarle un juicio, tengo que indicar su domicilio, a fin de que la Justicia lo notifique, lo cite, en ese lugar. Lo mismo si quiero hacerle una comunicación que produzca efectos.

Y domicilio tienen tanto las personas físicas como las jurídicas. Estas tienen una sede, un asiento, que es el centro de los negocios y que sirve a los efectos indicados. Inclusive las leyes disponen que en todo estatuto o contrato por el que se constituye una sociedad (un club, una asociación, una sociedad anónima, etc.) se debe establecer el domicilio y la sede, aun cuando ella pueda luego variarse.

El domicilio de la persona jurídica, del individuo, es el *lugar donde vive*. Esta sería una idea primaria: según el Código "consiste en la *residencia* acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella" (art. 24 del Código Civil). Esto es que el domicilio se compone de dos elementos, uno material, el hecho de residir, de vivir en un lugar (en una casa, en un rancho, en un departamento) y otro inmaterial que es el ánimo, dice la ley. Y ese ánimo puede ser real o presumido por la propia ley; naturalmente que supone que se esté en ese lugar no de paso (de visita...), sino para permanecer [20].

Debemos señalar que nuestro Derecho civil se afilia a la teoría de la *pluralidad de domicilios*, admitiendo que la persona tenga más de uno, lo que no se admite en otros sistemas.

Debemos señalar, para terminar esta breve referencia, que existe también el llamado *domicilio contractual*. Así dice el Código que "Se podrá, en un contrato, establecer de común acuerdo un domicilio especial para los actos judiciales y extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato" (art. 32). Es decir que las partes, lo que es habitual, fijan un domicilio en un contrato, diciendo que para todos sus efectos una de ellas lo constituye en tal casa y la otra en tal otro lugar. Y, entonces, es en ese domicilio especial, establecido en el contrato, que se deberán hacer las comunicaciones, inclusive en los juicio que deriven del contrato. Y eso aun cuando, después, el domicilio no sea más el de la persona (o el del abogado o escribano que es el que se suele poner en el contrato). Siempre seguirá valiendo el establecido.

---

(20) Dicen los arts. 26 y 27 del Código Civil: Art. 26: No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena a él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa de algún tráfico ambulante. Art. 27: Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, almacén, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo, de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y otras circunstancias análogas.

El *estado civil*, según el Código, es "la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones" (art. 39). Y luego habla del estado de casados, de padres o hijos, legítimos o naturales, etc. (arts. 40 a 44 del Código Civil).

Por eso se define el estado civil como la posición que ocupa el individuo dentro de la familia (y naturalmente de donde derivan derechos y obligaciones).

La familia es una agregación o conjunto de individuos unidos por lazos de sangre; ha sido y continúa siendo la base de la comunidad social; nuestra Constitución dispone que "El Estado deberá velar por el fomento social de la familia" (art. 40).

Los lazos familiares son de dos tipos, los de parentesco, que reposan normalmente en un vínculo de sangre y los de afinidad o alianza que derivan del matrimonio.

El vínculo de sangre crea ciertas relaciones entre dos personas de las cuales una proviene de otra. Es la filiación que parte de las relaciones entre padres e hijos; hay una filiación paterna y una materna, llamadas respectivamente paternidad y maternidad.

La filiación conforme a nuestro Derecho puede ser legítima, natural y adoptiva.

La legítima es la que resulta de los hijos que proceden de un matrimonio civil. Es decir se consideran hijos legítimos aquellos que nacen de dos personas unidas en matrimonio legalmente celebrado.

La ley establece que alumbrado por la madre, es hijo del padre. Solo mediante una prueba clara se puede desvirtuar esta presunción legal. (Es decir esta verdad que afirma el Código).

En consecuencia se prueba la calidad de hijo legítimo mediante la partida de nacimiento del hijo y matrimonio de los padres.

La filiación natural resulta de los hijos de personas no unidas en matrimonio y, además, según la ley, reconocidos o declarados tales.

Es decir que según el Código Civil (art. 227) son hijos naturales los nacidos de padres que, en el acto de la concepción no estaban unidos en matrimonio, siempre que los reconozcan los padres o sean declarados tales (hijos naturales) por una sentencia judicial. Es decir luego de un juicio en el que el hijo (o quien lo represente, a menudo su madre) piden al Juez que lo delcare hijo de tal padre y luego del procedimiento (y sus pruebas) así se haga.

Por último hay un filiación adoptiva que permite crear entre personas extrañas un vínculo análogo al que resulta del lazo de sangre. Es un instituto (la adopción) utilizada generalmente por padres que no tienen hijos para incorporar a un extraño a la familia en una condición similar a la de un hijo. Este instituto viene desde los romanos, a través del Derecho francés, pero en Uruguay se agrega una especialidad:

la legitimación adoptiva. En efecto el hijo adoptado, normalmente, no deja de pertenecer a su familia original, no cambia su apellido, a lo más puede agregar a éste el de la familia adoptiva. Es decir que todos saben que no es un hijo verdadero.

La legitimación adoptiva, luego de un período de adopción permite que se incorpore el hijo a la familia, como si fuera legítimo, borrando todas las huellas de su familia anterior.

Los hijos legítimos tenían ciertos derechos mayores que los naturales en materia de herencia en Uruguay; una ley moderna suprimió estas diferencias siguiendo la corriente mundial.

El origen legal de la familia lo constituye el matrimonio (sin perjuicio de reconorce la familia natural, como vimos).

El *matrimonio* es un acto jurídico celebrado entre dos personas de distinto sexo que produce efectos personales y patrimoniales. Es en efecto un acto, algunos dicen un contrato, pero implica algo más, es una verdadera institución social, de carácter civil, que produce efectos entre las partes y dentro de la sociedad en la cual surge, entonces, la familia.

En cuanto a la celebración a partir de 1885 en Uruguay, estado laico, se dispone que el matrimonio civil es obligatorio y se le rodea de ciertas formalidades. Hasta ese momento la costumbre, venida desde el Derecho canónico, hacía que el matrimonio religioso fuera el más común. En dicha ley se dispuso que se prohibía realizar el matrimonio religios sin el previo matrimonio civil. Naturalmente que, efectuado éste, luego la pareja queda en libertad de proceder a la consagración religiosa si lo desea.

El matrimonio (civil) se realiza ante un Oficial del Registro Civil previa inscripción, publicación de edictos y comparecencia de testigos. Comprobados estos extremos y que no existen impedimentos (minoridad, de 12 en la mujer y 14 en el hombre, ciertos lazos de parentesco próximo entre los contrayentes, vínculo no disuelto del matrimonio anterior, etc.) se procede a la ceremonia.

En el interior (fuera de Montevideo) las funciones de Oficial del Registro Civil las cumplen los Jueces de Paz. Así era también en la Capital hasta hace unos años, pero ahora se crearon los oficiales del Estado Civil. Es de esperar que se pueda lograr extender el sistema a todo el país. Solo por falta de medios se hace cumplir a jueces una tarea diferente a sus funciones, con los consiguientes perjucios para todos.

El matrimonio produce efectos personales y patrimoniales. Por los primeros los cónyuges, según el Código Civil se deben auxilios recíprocos, respeto mutuo, contraen obligación de dar a sus hijos la profesión u oficio adecuados a su estado, etc. Y se crea un vínculo que solo puede disolverse en casos excepcionales.

En lo patrimonial (económico) nace la *sociedad conyugal*, esto es una comunidad de bienes. Son gananciales, como su nombre lo dice, todas las ganancias o aumentos de patrimonio que se producen (en cualquiera de los esposos) durante el matrimonio. (Solo se excluyen los bienes que cada uno tiene de antes, o los que recibe por herencia, legado o donación). Es decir los bienes adquiridos posteriormente (aunque lo sean por uno solo de los esposos) son comunes, pertenecen en comunidad a ambos y solo pueden ser enajenados (vendidos, etc.) por los dos esposos. A partir de 1946 se admite que cada esposo pueda administrar (no vender) los bienes gananciales que adquiere.

El lazo personal solo se disuelve por la muerte, la anulación del matrimonio o el divorcio. En cambio el lazo económico (sociedad conyugal) puede disolverse a pedido de cualquiera de los esposos (inclusive puede no nacer, si al casarse hacen un contrato de capitulaciones matrimoniales) y, entonces cada uno es dueño de sus bienes, no hay comunidad.

El divorcio existe en Uruguay desde 1907 (y 1910) según el Código Civil. Es sabido que no todos aceptan el divorcio; la Iglesia lo condena, por ejemplo. No obstante se ha ido incorporando a las legislaciones de todo el mundo; así sucedió en Italia, luego de un plebiscito muy disputado. También en Argentina en 1987. En Latinoamérica hay pocos países donde no exista.

El *divorcio* que supone la disolución del matrimonio se pronuncia por sentencia judicial, luego de un procedimiento previsto en la ley.

En Uruguay hay tres clases de procedimientos de divorcio: el de la sola voluntad de la mujer, el de mutuo consentimiento y el por causal.

El primer divorcio regulado por nuestro Código fue el de la sola voluntad de la mujer, que permite a ésta, por manifestación unilateral de su voluntad pedir la disolución del vínculo matrimonial, *sin expresión de causa*. En la época en que se instauró, de mayor dependencia que la actual de la mujer frente al hombre, se consideró que había que permitir a ésta que, mediante un procedimiento un tanto largo, pero sin pruebas ni trámites complejos, pudiera obtener dicha disolución del vínculo. Las limitaciones estriban en que recién podrá pedirlo (por esta causal) luego de dos años de matrimonio, y deberá concurrir a tres audiencias (una separada de otra por seis meses y otra un año) expresando su voluntad en cada una, so pena de perder el trámite. Todo esto lleva a impedir que por actos no meditados se disuelva el matrimonio. Inclusive se prevé que el Juez convoque a los dos (marido y mujer) a una audiencia para intentar la conciliación.

El segundo mecanismo, bastante parecido (tres audiencias con separación de tres meses entre primera y segunda y segunda y tercera) es el divorcio *por mutuo consentimiento*, también sin expresión de causa y con intentos de conciliación por el Juez, pero pedido de común acuerdo por ambos esposos.

El tercer procedimiento es el *divorcio por causal*. Es un juicio como cualquiera, en el que uno actúa de actor, pidiendo el divorcio y el otro como demendado; se hace la prueba y si se comprobó la causal el Juez decretará el divorcio.

Las causales son hechos graves (injuria grave, tentativa de un cónyuge contra la vida de otro) etc. y también la causal más usada: "riñas y disputas continuas que hagan insoportable la vida en común" (es el art. 148 del Código Civil). Es lo que en la jerga común se llama "incompatibilidad de caracteres", y es la válvula de escape más usada para el divorcio.

En 1979 se agrega una nueva causal, largamente reclamada por la doctrina, que decía que el hombre, en materia de divorcio estaba en peor situación, pues la mujer tenía una vía por sí sola y el hombre dependía de que la mujer "le diera o no el divorcio", como se decía. Puesto que muchas veces en matrimonios realmente disueltos mucho tiempo atrás (y lo que era peor, la constitución de una nueva familia por los cónyuges o uno de ellos) no se lograba probar las "riñas y disputas". Entonces se crea la causal de que los esposos hayan estado separados durante más de tres años, sin necesidad de justificar las causas de esta separación.

Personas jurídicas. Concepto

El fin del Derecho, dice Coviello, radica en los intereses humanos, pero éstos no sólo son individuales sino también sociales; hay, en otras palabras, intereses comunes a todos los hombres en general o a determinada clase de personas. A satisfacer unos y otros se encamina la actividad del individuo; pero muchas veces se hace necesaria la actividad de varios hombres que buscan un fin común. Por eso se asocian. La asociación es una necesidad inherente al hombre; ella corrige la debilidad de sus fuerzas y la brevedad de su vida [21].

Por eso el Derecho, para contemplar esos fines, reconoce a los grupos de hombres la calidad de sujetos de derecho. La persona jurídica es eso: una asociación de hombres reunidos entre sí por la comunidad de fines o intereses que son tratados como si fueran una sola persona de Derecho. (Es decir, pueden tener derechos y obligaciones, comprar, vender, etc., como una unidad).

Así, por ejemplo, se reúnen una serie de personas para realizar determinado fin (forman un club, una academia, una asociación). El Derecho les acuerda la personalidad jurídica: desde ese momento podrán comprar un bien (una sede, un terreno, etc.), pedir un crédito (con hipoteca, etc.) como una unidad (es decir para el club o la asociación, no para cien o mil personas).

(21) *Ob. cit.*, págs. 212 y sigts.

Elementos

El concepto de persona jurídica se compone de tres elementos:

1) Una organización de personas y de bienes

Hay personas jurídicas en las cuales predomina el elemento personal (corporaciones) y en otras patrimonial (fundaciones). Pero ambos son necesarios. Por definición la persona jurídica es un conjunto de individuos. La agrupación de hombres es esencial; volvemos a repetir que no hay derechos atribuidos a objetos.

Los bienes también son necesarios: la comunidad, para cumplir sus fines, necesita un patrimonio, igual que las personas físicas, aun cuando ese patrimonio se componga de pocos bienes (o de deudas, exclusivamente). La persona jurídica tiene un patrimonio distinto al de los sujetos individuales que la forman.

2) Un interés o un fin

También surge del propio concepto. El fin es muy importante porque el Derecho lo toma fundamentalmente en consideración para otorgar o no la personalidad jurídica. Así, si un grupo de personas se reúnen para realizar un fin ilícito, no obtendrán el reconocimiento.

Los fines, naturalmente, pueden ser de los más variados: materiales o inmateriales, morales, artísticos, religiosos, científicos, económicos, etc.

3) El reconocimiento

Es indispensable un acto jurídico en virtud del cual se resuelve tratar como una persona única al conjunto de individuos. Este acto es el reconocimiento.

Todas las personas jurídicas necesitan ser reconocidas [22].

Hay diversas clases de reconocimiento. Puede ser *expreso* cuando se hace por una norma especial (ley o decreto que otorga la personería jurídica a un club, por ejemplo) o *tácito* cuando sin que haya existido un acto de reconocimiento, se le otorgan a la persona jurídica ciertos derechos y obligaciones, con lo cual se admite su calidad de tal.

(22) Existe una discusión sobre la naturaleza del reconocimiento de las personas jurídicas -que se vincula con el problema de la naturaleza de éstas- y consiste en saber si es declarativo o atributivo de derechos, es decir si la persona jurídica ya existe y falta que se declare su existencia, o es necesario hacerla nacer por medio de este acto. No cabe duda de que antes del reconocimiento (claro que entendiendo por éste inclusive el reconocimiento tácito) la persona jurídica no existe como tal, es un mero hecho y los actos que realice no valdrán como actos del sujeto de derecho nuevo.

Puede ser *general*, cuando se hace un forma genérica (por ejemplo una ley dice: las sociedades comerciales son personas jurídicas) o *especial* (caso del decreto que reconoce la personería de un club).

Naturaleza de las personas jurídicas. Diversas teorías

El problema de la naturaleza de las personas jurídicas consiste en determinar la esencia de las mismas y especialmente, en saber si la personalidad jurídica es un ser real, al cual el Derecho no hace más que reconocer o si es una creación de éste, no teniendo ninguna existencia fuera del campo jurídico.

Dividiremos las doctrinas en dos grupos.

1) Teorías que consideran a las personas jurídicas como creación del Derecho

Según estas doctrinas la personalidad jurídica es una creación del Derecho: la persona jurídica no tiene realidad fuera del campo jurídico.

La primera manifestación de este grupo está integrada por las llamadas teorías de la ficción [23].

Para ellas el legislador, a fin de facilitar el cumplimiento de los fines colectivos, acuerda personalidad a estas asociaciones utilizando el expediente de las ficciones, al cual el Derecho recurre a menudo.

Según esta posición, sólo el hombre es capaz de tener voluntad y por consiguiente, sólo él puede ser sujeto de derechos. Cuando la ley trata a un hombre como persona, confirma la personalidad existente; cuando, en cambio, considera a un grupo como sujeto de derechos, está realizando una ficción.

Otra posición dentro de este grupo es la teoría de Kelsen.

Según este autor, la personalidad jurídica es el resultado de la imputación normativa de deberes y facultades. La persona es el resultado de esa imputación (atribución) de derechos y deberes jurídicos y su esencia se agota en éstos. Es decir: cuando la norma atribuye un conjunto de derechos y obligaciones, allí nace una persona jurídica; la vida de ésta sólo existe para el Derecho.

Hay grupos de hombres a los cuales no se les acuerda la personería jurídica; pero cuando el Derecho toma a ese grupo de hombres como dentro

(23) El autor de la teoría antigua de la ficción fue SAVIGNY. Sin embargo hay una corriente moderna que retoma la teoría de la ficción con algunas variantes. (LEGAZ Y LACAMBRA, *ob. cit.*, pág. 518)

de un mismo haz de derechos y obligaciones, allí ha nacido la persona jurídica. El soporte (los individuos) no interesa, está fuera del Derecho, el concepto de persona (tanto física como jurídica) es estrictamente jurídico [24].

2) Teorías que consideran a la persona jurídica como una realidad

Entienden que la persona jurídica tiene realmente una vida diversa que la de las personas que la integran. Y esa realidad existe en el mundo natural, no sólo en el jurídico. Es decir, que aun antes de ser reconocida por el Derecho, ya existe la persona jurídica como una unidad.

Antes de actuar el Derecho no hay una mera suma de personas, un conjunto de hombres; ya hay un nuevo ente, un grupo.

El Derecho no "crea" la persona jurídica; simplemente la "reconoce".

Entre las doctrinas de la realidad se citan los organicistas, que sostienen que el grupo de hombres tiene una vida propia similar a la de un organismo vivo, con el cual señalan semejanzas.

Para estas doctrinas no sólo el hombre individual es persona, sino también las colectividades, que en ciertos casos adquieren una unidad real, anterior a su reconocimiento jurídico. Cuando un grupo de hombres se reúnen para realizar un fin común y crean una organización, ha nacido ya un ente nuevo en el mundo real, lo reconozca el Derecho o no.

3) Teorías intermedias

Las dos teorías opuestas han sido objeto de crítica. De la teoría de la ficción se ha dicho que en realidad la persona jurídica es algo que se impone al legislador, al Derecho; no es una creación caprichosa de éste.

Se ha dicho, además, que si el Estado (persona jurídica) es una ficción, todo el Derecho, que deriva de él, será ficticio.

De la teoría de la realidad, por el contrario, se ha dicho que fuera del Derecho no tienen cabida las personas jurídicas, que su existencia es conceptual y no real.

---

(24) Ya dijimos que para KELSEN persona individual en sentido jurídico, es el conjunto de normas que tiene por objeto la conducta de un hombre. Ahora bien: cuando el ordenamiento jurídico atribuye determinados deberes y derechos, determinada conducta no a un grupo de hombres aislados sino tomados como un conjunto ideal, entonces esa unidad funciona como centro de imputación de todos estos deberes y derechos y nace la persona jurídica colectiva.

Sólo por razones de simplificación colocamos a este autor entre las teorías de la ficción aunque comprendemos que no encaja bien dentro de este grupo.

Preferimos las teorías intermedias que consideran que en la persona jurídica hay dos elementos: uno real, los individuos con una comunidad de fines, y uno formal, el reconocimiento jurídico, ambos indispensables.

No basta un grupo de individuos para que haya una persona jurídica. Hay grupos que son personas jurídicas y otros que no lo son, porque el Derecho no los reconoce como tales (necesidad del elemento formal). Pero tampoco la persona es una simple ficción: solamente aparece allí donde hay un grupo de hombres con ciertos caracteres comunes y especialmente con una comunidad de fines (necesidad del elemento material: hombres con ciertos fines comunes).

En realidad el Derecho no hace una ficción, sino más bien una abstracción; considerar como una unidad jurídica, como un sujeto lo que es realmente un grupo de hombres. Pero la abstracción no es una ficción; aquélla se basa en una realidad, debe haber algo, no puede crearse de la nada, como la ficción [25].

Clasificación de las personas jurídicas

A este respecto se pueden hacer diversos grupos:

1) Corporaciones y fundaciones

La distinción más antigua es la que separa las corporaciones, conjunto de personas que se reúnen para obtener un fin, de las fundaciones, conjunto de bienes destinados a un fin. (Ejemplo de corporaciones: sociedades, asociaciones, clubes, etc., de fundaciones: Premio Nobel, Fundación Rockefeller, Fundación Amigos del Niño del Campo, etc.).

Esta distinción debe precisarse para evitar los dos extremos: los que separan absolutamente las dos figuras, de algunas doctrinas modernas que, sosteniendo la unidad de la persona jurídica, eliminan las diferencias.

Es innegable que en las fundaciones existe también el elemento personal porque el patrimonio, que constituye su base, está siempre destinado a un fin humano y porque son hombres quienes dirigen su actividad, como es verdad que, también en las corporaciones (aun en las asociaciones recreativas, etc.) hay un patrimonio. Pero debe hacerse notar que éste, en la corporación, no es esencial. En cuanto a los individuos que se benefician de la fundación son extraños al organismo y ajenos a su vida interna, siendo más bien destinatarios del fin.

La diferencia, pues, debe mantenerse entre las *"universitas personarum"* (corporaciones) y las *"universitas bonorum"* (fundaciones) del Derecho

---

(25) COVIELLO, *ob. cit.*, pág. 218; PUGLIATTI, *ob. cit.*, páginas 115-116.

romano, pero sin hacerla absoluta: destacando que en unas predomina el elemento personal y en las otras el elemento patrimonial o señalando que la diferencia radica en que en las corporaciones hay una coincidencia entre las personas que las dirigen y los dirigidos -buscando los que integran la organización cumplir sus propios fines- y en la fundación, en cambio, hay una diferencia entre los que la dirigen y los beneficiados por los fines que persigue la misma [26].

Las corporaciones se dividen a su vez en sociedades y asociaciones.

Son asociaciones las que persiguen una finalidad no pecuniaria (como los clubes, las agrupaciones culturales, etc.) y sociedades aquellas que se forman para obtener un beneficio económico (como todas las sociedades comerciales).

2) Personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado

Las personas jurídicas de Derecho público son las que se crean por las normas jurídicas para lograr fines que interesan a toda la colectividad, caracterizándose porque ejercen el poder público, es decir, que están dotadas de imperio (facultad de mando) pudiendo dictar decisiones que obligan a todos los individuos (reglamentos, ordenanzas, etc.).

Las personas jurídicas de Derecho privado son las que forman los particulares para lograr sus propios fines, careciendo de los atributos del poder público. Ejemplo de éstas son todas las sociedades y asociaciones particulares (clubes, etc.); de aquéllas: el Estado, los Municipios, los Entes Autónomos.

Nuestro Derecho positivo

Refiriéndose al sujeto de derechos, el artículo 21 del Código Civil, dice: "Son personas todos los individuos de la especie humana. Se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, el Estado, el Fisco, el Municipio, la Iglesia y las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la autoridad pública".

Como vemos, se distingue a los individuos de quienes se dice que "son" personas, de las personas colectivas a quienes "se consideran...". Esta expresión hace decir a algunos que nuestro Código adhiere a la teoría de la ficción. Notamos también la diferencia entre el reconocimiento que desde

---

(26) Esta, como todas las clasificaciones, no es perfecta. Quedan algunos casos que plantean problemas complejos. Así, por ejemplo, hay un grupo de sociedades (corporaciones) las de capitales, en las cuales el elemento personal está relegado a segundo plano (sociedades anónimas, por ejemplo). También resulta difícil hacer entrar en la definición ciertas personas de Derecho público como los Entes Autónomos.

ya se otorga por la ley al Estado, etc., del que se debe otorgar específicamente y *a posteriori* por la "autoridad pública" (en este caso el Poder Ejecutivo).

OBJETO DE DERECHO

En la vida jurídica, además del sujeto de derecho, hay objetos. Son objetos de derecho las cosas sobre las cuales se ejercita el poder jurídico de los sujetos, son pues ajenos a éstos.

Objeto de derecho son los *bienes* y las *acciones humanas.*

a) Los bienes

Dice el artículo 460 del Código Civil "bajo la denominación de bienes o cosas se comprende todo lo que tiene una medida de valor y puede ser objeto de propiedad".

Los bienes son, pues, las cosas. Un bien es una silla, un campo, una suma de dinero, etc. Pero, a pesar de lo que dice el Código, no todas las cosas son bienes, es decir, objeto de derechos. Son bienes solamente aquellas cosas que son susceptibles de apropiación y tienen una medida de valor (no es un bien, por ejemplo, el aire, la luz del sol).

Dentro de estos bienes se hacen clasificaciones.

Dice el artículo 460, inciso 2: "los bienes son corporales e incorporales".

Los primeros son los que tienen corporeidad, caen bajo el dominio de los sentidos, tienen una existencia material. Los bienes incorporales, al contrario, son los que no se materializan, los que tienen una existencia ideal, como el derecho a una idea o a la inspiración contenida en una propiedad artística o literaria, el derecho al nombre, a un invento industrial, etc.

Dice el artículo 461: "los bienes corporales se dividen en muebles e inmuebles". El artículo 462: "muebles son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas por sí mismas como los animales (por eso se llaman semovientes), sea por medio de una fuerza externa, como las cosas inanimadas". El artículo 463: Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro como las tierras, las minas y los edificios".

En el fondo, queda la conclusión de que en todo sujeto hay un elemento humano y un fin humano, los cuales únicamente pueden ser los destinatarios de las normas jurídicas. En la fundación todos lo admiten: unos lo radican en los favorecidos, otros en el creador (el que lega o dona los bienes) y otros, en los gestores de la organización.

El criterio de distinción del Código es simple: depende de la movilidad de los objetos, de la posibilidad de transportarlos de un sitio a otro. La importancia de la clasificación es muy grande, pues una serie de actos dependen de la misma (la compraventa de inmuebles sólo puede hacerse por escritura pública; la de muebles no requiere ninguna formalidad; la hipoteca sólo se refiere a inmuebles, la prenda a los muebles, etc.). Sin embargo, dicha clasificación es el producto de una época en la cual lo único importante -por lo menos desde el punto de vista económico- eran los bienes inmuebles. Hoy contrasta un poco con la época las formalidades con que se rodea la transacción sobre inmuebles (a veces de poco valor: un terreno en un lugar sin importancia) frente a la falta de requisitos para las negociaciones de muebles (un auto, una máquina agrícola o industrial) que pueden venderse sin requisito ninguno.

El patrimonio es el conjunto de bienes que tiene una persona, pero también sus deudas (obligaciones); es decir todos los derechos y obligaciones que son susceptibles de evaluación económica (en dinero). Pues hay otros derechos, llamados justamente no patrimoniales, como el de la vida, la salud, (del individuo en sí mismo), o los que derivan de la familia (deberes y derechos como hijo, como esposo, como padre).

El patrimonio, que alguno definió como "una bolsa vacía", pues puede tener más deudas que bienes, es lo que se trasmite por herencia a los herederos cuando muere el causante (el que trasmite, justamente, esos derechos y/o obligaciones). Los herederos, entonces, reciben el patrimonio (bienes y deudas). Claro que si son más las deudas pueden o repudiar la herencia o aceptarla bajo beneficio de inventario; que significa que una vez inventariados todos sus bienes y deudas podrá optar. Pero lo que no puede hacer es aceptar los bienes y no responsabilizarse de las deudas.

b) Las acciones humanas y las omisiones

Pueden también ser objeto de derechos. En el contrato de construcción, por ejemplo, una persona, el arquitecto, se obliga a construir una casa: el objeto es la acción de realizar esa obra y no la casa en sí. También el objeto del derecho puede ser una omisión como en el caso en que una persona se compromete a no hacer una obra en un terreno (para no tapar la vista de otro) o a no establecerse con un negocio cerca de otro (que ha vendido, por ejemplo).

RELACION JURIDICA

Noción. Elementos que la integran

Cuando la norma jurídica impone obligaciones a unos y derechos a los otros, es evidente que pone en relación al sujeto del deber (pasivo) con el sujeto del derecho (activo). El concepto de persona implica la relación con otras personas y tal relación es la vida del Derecho, pues el orden jurídico

está construido por la compleja reglamentación de las relaciones o vínculos que unen a los hombres entre sí [27].

La relación jurídica es un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un hecho que origina situaciones jurídicas correlativas a facultades y deberes, que se refiere a un objeto y que es creada, regulada y garantida por el orden jurídico [28].

La relación jurídica se compone de varios elementos.

Es, en primer lugar, una relación entre *personas* o sujetos de derecho [29]. Ya dijimos que el Derecho es relación entre personas y no cosas y vimos que en el propio derecho real donde algunos señalaban que existía sólo el sujeto y el objeto, en realidad poseía también un sujeto pasivo, que estaba formado por todos los miembros de la sociedad -con excepción del titular- que eran los obligados a respetar el derecho del sujeto activo. Es frente a ellos y "no a la cosa, que se ejercitan las facultades, que se reclama respeto; es para ellos que se puede pedir una coacción".

Las personas son los sujetos de la relación jurídica. Pueden ser -en cada sujeto- una o varias.

Este vínculo es creado por la *norma jurídica*. Esta es fundamental: la situación de los sujetos proviene de la norma, es ésta la que acuerda los deberes y facultades y por consiguiente los coloca en una relación. La relación se refiere a un objeto.

La relación jurídica se origina en un hecho condicionante. Es decir que la norma atribuye los derechos y deberes si hay un presupuesto de hecho que se produce. Este puede ser un hecho o acto jurídico.

(27) Modernamente algunos autores, colocando la norma en primer plano, han señalado que la relación jurídica no es una necesidad sino una eventualidad en la vida jurídica, con lo cual el ejemplo de los derechos reales aparecería como un simple deber -relación del sujeto activo con la norma- que recién se convertiría en relación jurídica en el caso eventual de que se violara. (Ver en tal sentido NATOLI, Ugo, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, especialmente págs. 11, 12 y sigts.).

(28) Conforme: VANNI, *Lecciones de la Filosofía del Derecho*, pág. 114. LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, página 529.

(29) Esta noción que parece firme en la ciencia del Derecho ha sido negada por algunos autores modernos. Así NATOLI (*Il Diritto soggettivo*) ha señalado que no hay en realidad una relación entre los sujetos sino que cada uno de ellos está relacionado con la norma. (El derecho subjetivo es una particular posición frente a ésta). No hay contacto entre los sujetos sino a través de la norma. "Una situación subjetiva, dice, no puede recibir la impronta de juridicidad de una opuesta situación de otro sujeto. Cada situación está frente a la norma, dichas situaciones no comunican entre sí, sino con la norma" (pág. 14).

Hechos y actos jurídicos

El ordenamiento jurídico no crea la relación como hecho social, solamente la reconoce, la legitima y le hace producir efectos jurídicos. Para que nazca la relación es necesario el acaecer de ciertos hechos o actos a los cuales la norma atribuye efectos jurídicos. Porque hay ciertos hechos de la vida que no producen ningún efecto jurídico; siendo indiferentes al Derecho, como el salir de paseo o el acontecer de un fenómeno natural.

Se llaman hechos jurídicos, generalmente, a los acontecimientos ajenos a la voluntad, que producen efectos jurídicos, tales como el nacimiento, la muerte, la mayoría de edad, un accidente, etc.

Se llaman actos jurídicos a los hechos voluntarios. Entre éstos se distinguen los actos voluntarios, es decir, aquellos en los cuales la voluntad del sujeto está dirigida a producir un efecto jurídico y actos de voluntad, aquellos a los cuales el orden jurídico atribuye un determinado efecto, independiente de la voluntad del sujeto que los realiza, esto es, no querido por éste.

Los primeros -para quienes algunos reservan el nombre de actos o negocios jurídicos- son por ejemplo los contratos, es decir, los acuerdos de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones o algunos actos como el testamento, etc. Estos son los actos más importantes de los cuales surge el mayor número de relaciones jurídicas.

Los segundos son, por ejemplo, los delitos: en este caso el acto del sujeto puede ser voluntario, pero la persona no busca el efecto (pena) que el Derecho atribuye a la acción humana.

Los actos jurídicos pueden dividirse también en lícitos o ilícitos, según que la persona que los realice actúe de conformidad o no con la norma. Generalmente los actos lícitos coinciden con los actos voluntarios: todos los contratos son actos lícitos. En cambio los actos ilícitos son aquellos a los cuales el Derecho atribuye un efecto distinto al querido por el sujeto. Cuando yo rompo los vidrios de la ventana del vecino quiero el acto pero no la consecuencia (obligación de reparar el perjucio). Hay un ilícito civil y uno penal. En el primer caso el Derecho establece sólo la obligación de reparar el daño (indemnización civil), en el segundo, además, impone una pena para cumplir con la defensa de la sociedad frente al delito.

Esta idea (que representa una reacción contra las concepciones subjetivistas exageradas), tiene el valor de recalcar, una vez más, que no hay un derecho subjetivo como forma autónoma del Derecho objetivo. Pero nosotros, al hablar de relación jurídica, no pretendemos que la juridicidad de la situación de un sujeto proceda del otro; estamos de acuerdo en que la juridicidad proviene de la norma, pero creemos que esta idea no excluye la de que los sujetos estén relacionados entre sí, siempre de conformidad con lo que la norma dispone (para uno y para el otro).

Lecturas recomendadas para esta unidad

IONESCU, G., *La notion de droit subjetif dans le Droit prive.*

NATOLI, Ugo, *Il diritto soggettivo.*

GARCIA MAYNEZ, E., *Introducción al Derecho.*

DABIN, J., *Le droit subjetif.*

UNIDAD III

FUENTES DEL DERECHO

LEGISLACION. - COSTUMBRE- - JURISPRUDENCIA. - DOCTRINA

Concepto de fuente del Derecho

Existen varios conceptos de las fuentes del Derecho.

Así, por ejemplo, se habla de fuentes de conocimiento, de lo que es, e históricamente ha sido, el Derecho, buscándose aprehenderlo en antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.

También se habla de fuentes de inspiración, estudiándose dónde se inspira el legislador para hacer tal o cual ley.

También se habla de fuente como fuerza creadora del Derecho, preguntándose si éste surge de la naturaleza humana, del sentimiento jurídico, de la vida social, de la economía, etc. Es decir, se plantea el problema de saber de dónde sacan o extraen su validez las normas jurídicas, cuál es la "fuente" que fundamenta su obligatoriedad. Son ambos problemas filosóficos que trascienden la finalidad de este curso.

Lo importante es conocer las fuentes en sentido formal. Fuentes formales son, según Bonnecasse, las formas obligadas y predeterminadas que deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse coercitivamente. Es decir, las maneras cómo tienen que manifestarse los imperativos jurídicos para merecer el carácter de normas que obliguen en forma general.

Es el problema de fuentes que tenemos que plantearnos [1].

No nos va a interesar, en nuestro estudio, de dónde ha llegado a la vida un norma, cómo se ha originado, sino su forma de manifestarse para saber si nos obliga o no. Ya no tratamos de saber cómo nace el Derecho, de averiguar de los lugares donde se "surte"; nuestro problema es formal: saber en nuestra actividad de estudiosos, abogados, jueces o simples particulares

(1) El concepto de fuente es uno de los más discutidos en Derecho. Un atrayente estudio sobre el tema puede verse en GARCIA MAYNEZ: *Diálogo sobre las fuentes formales del Derecho*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1949, T. II, pág. 17, México.

cuál es la forma del Derecho que nos va a obligar. Merkl dice que son las "vainas" o cápsulas que contienen las normas [2]. Así decimos que la ley es fuente formal de Derecho porque cuando una norma jurídica toma esa "forma" se convierte en obligatoria.

En oposición al concepto de fuente formal aparece el de la fuente material o fuente real del Derecho. Se trata de saber, no cuál es la forma de la norma, sino cuál es su materia, su contenido. Sería fuente material aquella que produce el contenido de la norma. En el caso de la ley coinciden ambas fuentes, porque también ésta o el Poder Legislativo suministra el contenido de la norma. Pero cuando nuestro Código Civil dice que la costumbre no es fuente de Derecho sino cuando la ley se remite a ella, aquí la materia, el contenido (lo que dice la norma) lo suministra la costumbre, que por eso es fuente material, pero la validez -que hace que ese contenido sea obligatorio- lo suministra la ley, que por eso es fuente formal.

Algunos autores, en lugar de fuente formal hablan de fuente de validez y en vez de material dicen fuente de producción. Nosotros preferimos las designaciones adoptadas, para no confundir el problema con el del fundamento de la validez de las normas jurídicas.

Estudiaremos ahora las cuatro fuentes: legislación, costumbre, doctrina y jurisprudencia. Lo haremos refiriéndonos en primer término al concepto de cada una de dichas fuentes y en segundo lugar preguntándonos si ellas constituyen fuentes formales o no, es decir, si cuando el Derecho adopta esas diversas formas (ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina), es obligatorio en forma general o no.

LEGISLACION

La norma jurídica puede manifestarse de diferentes maneras: a través de la ley, la costumbre, etc.

La legislación es el conjunto de las normas jurídicas dictadas por los órganos competentes del Estado.

Comprendemos en el término legislación, tanto la ley dictada por el Poder Legislativo como el decreto de la Junta Departamental; o el que dicta el Intendente o el Poder Ejecutivo (concepto material).

Es decir, que toda vez que una norma jurídica sea dictada con carácter general y obligatorio por un órgano del Estado, nos encontramos frente a la misma fuente del Derecho que llamamos legislación.

Por eso no empleamos la palabra ley que tiene un sentido más preciso y que desde el punto de vista formal es solamente la norma dictada por el

(2) Citado por LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 347.

Poder Legislativo siguiendo el procedimiento previsto en la Constitución. La ley es una de las varias formas de legislación, es la más importante. También están los tratados internacionales suscriptos por el Ejecutivo y aprobados por el Legislativo, que constituyen normas obligatorias.

La legislación es la fuente formal por excelencia, en nuestra época. Y, en nuestro Derecho positivo, es la única fuente formal del Derecho.

Cuando una norma jurídica toma la forma de legislación, es decir, es dictada por un órgano del Estado (Poder Legislativo, Junta Departamental, Junta Local, etc.), es obligatoria.

La legislación no fue siempre, como hoy, la principal fuente de Derecho. El primitivo Derecho fue consuetudinario exclusivamente, apareciendo recién la ley en una época histórica avanzada, después de inventada la escritura [3].

COSTUMBRE

Concepto y elementos que la integran

El Derecho, como ya dijimos, aparece siempre que haya una reunión de hombres; existe antes de ser comprobado y formulado por el legislador. En su origen, en los pueblos primitivos, este legislador no existe y luego, en los comienzos, sólo interviene para formular y no crear la regla de Derecho. Las normas surgen por el hábito que toman los hombres de observar una misma regla toda vez que se produce el mismo hecho. La regla de Derecho nace, pues, por el uso y extrae su autoridad de la convicción que se forma lentamente en los espíritus de que es imprescindible su aplicación, cada vez que se produce el mismo acontecimiento.

El Derecho consuetudinario no es, pues, mas que el Derecho que se forma inconscientemente en el seno de una sociedad, por la repetición de los mismos usos y de la conciencia que se adquiere de que esa repetición es necesaria y obligatoria.

La costumbre está integrada, pues, por dos elementos [4]: uno *material*, el uso o la repetición de un hecho y otro *psicológico*, el convencimiento de

(3) Hoy no se distingue el Derecho escrito del no escrito por la simple apariencia externa, de manifestarse por signos. No es la forma exterior lo que según la doctrina moderna determina en el Derecho su condición de escrito o no. Puede haber una costumbre o grupo de ellas que se hayan redactado en forma escrita sin que esto transforme su naturaleza. (DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, pág. 77).

(4) Consideramos la posición más aceptada la que sostiene este criterio, que es preconizado por Francisco GENY, en *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Madrid, 1902, páginas 228 y sigts.

la obligatoriedad jurídica de aquél y de que su violación acarrea una sanción jurídica.

El elemento material, externo, consiste en la repetición de cierto uso, en forma general y durante un cierto tiempo. Es decir, que el uso debe ser uniforme, general y constante.

Sería vana tarea querer precisar en forma matemática el alcance de esos caracteres, pero ellos deben existir con cierta amplitud. El uso debe ser *general*, puesto que sólo de esa manera puede convertirse en la norma jurídica. No basta que un grupo de individuos (cuatro o cinco) tomen la práctica de hacer los contratos de cierta manera para que haya constumbre. Sin embargo, la generalidad no debe entenderse de modo absoluto, pues hay costumbres de grupos (en derecho obrero, por ejemplo) y costumbres locales (de cierta zona). La práctica además debe ser *uniforme y constante*: cada vez que se produce un mismo hecho debe actuarse de la misma manera. Pero esa uniformidad no puede llegar a exigir, para que el uso se transforme en costumbre, que lo realicen la unanimidad de las personas [5], puesto que la norma debe ser impuesta por la mayoría, no bastando para quitarle validez que la violen o no la cumplan algunas personas. La constancia o permanencia del uso tampoco puede referirse a un tiempo determinado. El Derecho canónico exigía 10 años para la costumbre supletoria de la ley y 40 años para la contraria a la ley. En este caso también la apreciación varía en cada caso, sin que puedan suministrarse criterios *a priori*, quedando librado este aspecto a la apreciación judicial.

El segundo elemento, psicológico, consiste en la llamada *opinio juris* u *opinio necesitatis*, es decir, en la convicción de los interesados de que el uso es obligatorio como regla de Derecho con todas sus consecuencias.

Este último elemento es esencial y es lo que permite distinguir la costumbre de ciertas prácticas sociales que, aunque establecidas constantemente, son inconciliables con la idea de coercibilidad y bilateralidad del Derecho, tal como sucede en los hábitos corrientes de la vida -usos sociales, reglas de urbanidad- los usos económicos, las reglas de la política, etc.

Con estos dos elementos queda integrada la costumbre. Algunos autores han pretendido que para que un uso se convierta en costumbre jurídica, es necesario que sea consagrado por la jurisprudencia, es decir, por una serie de sentencias judiciales concordantes.

Consideran que se trata no "de un Derecho popular sino de un Derecho de juristas". Estaría formada por la repetición de los precedentes judiciales,

(5) Esta confusión la padece LAMBERT, cuando objeta el concepto de GENY de la costumbre, preguntándose cómo, si no de los elementos de la costumbre es el convencimiento popular, luego puede haber necesidad de imponerla por la Justicia. (Ver, Marcel WALINE, *L'individualisme et le Droit*, Ed. Domat, París, 1949, pág. 285).

de los cuales se deducen, por abstracción de varias sentencias, similares principios generales.

Pero esta opinión ha sido rechazada por la mayoría de los autores con razón, pues, cuando el Juez dicta una sentencia lo hace tomando en cuenta una norma jurídica: él no crea la norma, sino que la aplica; para que la jurisprudencia aplique la costumbre es necesario que ésta exista antes [6].

Valor de la costumbre como fuente de Derecho

Es indiscutible que la costumbre es una importante fuente material del Derecho, en cuanto proporciona al legislador normas que éste a menudo emplea. En este sentido la función de la costumbre es muy importante, inclusive en nuestra época, porque ella traduce la realidad social, distinta según los lugares y las varias etapas históricas, elemento fundamental para la creación y aplicación del Derecho.

En cambio debemos afirmar que la costumbre no es fuente formal del Derecho, en nuestro régimen jurídico positivo.

Dice el artículo 9º del Código Civil: "Las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario. La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella (art. 594, inc. 2)". Y el inciso 2 del artículo 594 dice: "La altura de la divisoria (se refiere a la medianera que separa dos predios vecinos) se determinará por los reglamentos que puedan existir, y por la costumbre constante y reconocida".

El artículo 1834 del Código Civil dice: "El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio aunque ningún precio o retribución se hubiese ajustado, siempre que el tal servicio o trabajo

---

(6) Edouard LAMBERT ha consagrado 700 páginas de su libro "La función del Derecho civil comparado", a demostrar que ese concepto tradicional de la costumbre, expuesto por GENY, que le asigna los dos elementos material y psicológico, es falso. Sostiene que eso puede demostrarse por razones lógicas e históricas, demostrando que todas las costumbres que se conocen históricamente están basadas en resoluciones judiciales.

WALINE (*L'individualisme et le Droit*) estudia la historia de la costumbre y las dos posiciones antagónicas, llegando a la conclusión de GENY (págs. 249 y sigts.). El argumento esencial es que solamente el Juez toma una resolución basada en la costumbre cuando ésta existe. No es el Juez que la crea, sino que la aplica. Y concluye con demostrar lo que le interesa en su libro: que ésta es una fuente social y no individual del Derecho, que surge insensiblemente del medio social y no conscientemente de la resolución de uno o más Jueces (págs. 303 y 304). Nos parece ésta la opinión más acertada.

fuese de su profesión o modo de vivir honesto. En este caso se presumirá que los interesados ajustaron el precio de *costumbre*, para ser determinado judicialmente, si hubiera duda".

Frente a la disposición del artículo 9º y a los casos en que la ley se remite a ella, que citamos, entendemos que la costumbre no es fuente formal del Derecho en nuestro país. En efecto, decir que la costumbre sólo constituye Derecho cuando la ley se remite a ella, significa decir que no lo es. En este caso y en los ejemplos mencionados, la fuente formal es la ley y la costumbre es la fuente material. La costumbre suministra la materia de la norma, su contenido, la ley, la forma. Cuando nos preguntamos ¿qué altura debe tener la divisoria en tal lugar?, la norma dirá: tres metros. ¿Cuál es la fuente? La que produce la norma, la que suministra su materia, es la costumbre del lugar en el cual las paredes divisorias se hacen de tres metros, pero la que hace obligatoria esta costumbre, la "vaina" que tiene que envolver esta costumbre para que tenga valor, la fuente formal, es la ley.

Algunos autores plantean la duda de si es legítimo que la ley, -o el Código, que es una ley- fuente del Derecho, pueda determinar la validez de otra fuente. Gèny sostiene que esta función de la ley de determinar para el provenir su autoridad y restringir la eficacia de las costumbres no puede admitirse, y que esa disposición por la cual una fuente de Derecho priva de autoridad a otra fuente del Derecho, concurrente y rival, constituye una extralimitación del poder de ella [7].

Nosotros pensamos que la solución de nuestro Código, como la de muchos otros, es perfectamente lícita, puesto que, en la actualidad el Derecho surge de la autoridad del Estado y se manifiesta a través de los órganos de éste, aun cuando se recoja de la realidad social. Gèny no distingue que en la ley existe una norma jurídica, que es fuente formal del Derecho y además, la afirmación de la voluntad del Estado. Desde que el Derecho alcanza su más alto grado de desarrollo, ligándose indisolublemente con la autoridad del Estado, entonces la costumbre no pudo ser ya por sí fuente formal del Derecho y sólo subsiste cuando es reconocida por el Estado, a través de su modo de manifestar su voluntad, la ley [8].

---

(7) GENY, *Método de interpretación y fuentes*, págs. 207 y 211. Algunos autores modernos llegan a afirmar, contrariamente a lo que se piensa comúnmente, que no es la ley la que da validez a la costumbre, sino ésta que basa el Derecho. Dicen que la jurisprudencia y las sentencias de los jueces sacan su validez de la ley, y ésta de la Constitución y que la Constitución no puede tener validez sino por la adhesión, más o menos voluntaria o más o menos forzada pero siempre unánime y general del grupo social. Yendo al fondo de la cuestión todo el Derecho aparecerá basado entonces en la costumbre.

(8) Conforme: VANNI, Filosofía del Derecho, págs. 81-82.

La costumbre y la ley

La costumbre ha quedado relegada, hoy, a la categoría de fuente secundaria de la ley. Sin embargo, ha tenido gran importancia en el pasado y aun conserva alguna.

La costumbre fue la forma originaria del Derecho, su única expresión en los tiempos primitivos en los cuales los legisladores no existían y las normas surgían espontáneamente. Aun cuando apareció la ley y luego la escritura, igualmente siguió desempeñando un papel fundamental en la vida del Derecho.

En Roma, durante mucho tiempo, prevaleció el Derecho consuetudinario sobre el escrito y legislado. Durante la Edad Media, especialmente en la región del norte (Germania, el norte de Francia, etc.) predominaba la costumbre; en el Sur (Italia, España y el sur de Francia) bajo la influencia del Derecho Romano, prevalecía la legislación. La Revolución Francesa, con su confianza ilimitada en la razón humana y un enorme temor al despotismo del magistrado, dio absoluta supremacía a la ley, considerada como la voluntad popular expresada en Asamblea legislativas. Esa tendencia ha predominado hasta el día de hoy, aun cuando en la época moderna ha surgido, dentro de límites estrechos, el valor de la costumbre. Ya durante el siglo pasado la Escuela histórica del Derecho representó una reacción contra la tendencia racionalista, en este campo, del siglo XVIII. Sus sostenedores encontraron el Derecho en la conciencia del pueblo, produciéndose espontáneamente y consideraron a la costumbre como su verdadera expresión.

Posteriormente a pesar de que sigue predominando la ley en todos los países, la costumbre ha adquirido en muchos de ellos un valor de alguna importancia, por lo menos para suplir los vacíos de la ley (costumbre *praeter legem*). Por lo demás existen países contemporáneos, de gran desarrollo jurídico, que por razones históricas y tradicionales mantienen aun una gran importancia para la costumbre. Es el caso de Inglaterra, principalmente y de los Estados Unidos, en donde a pesar del notorio avance del Derecho escrito (*statue-law*) conserva aún una gran importancia el Derecho consuetudinario (*common-law*). A esto se agrega que en algunas ramas del Derecho, como el Derecho internacional público (quizá demostrando con esto que aún no ha evolucionado suficientemente) la costumbre constituye una importante fuente. En efecto, muchas de las normas que regulan las relaciones internacionales, tando en época de paz, (reglas de protocolo, etc.), así como en época de guerras, están regidas exclusivamente por el Derecho consuetudinario. Se trata de una rama del Derecho, en la cual, como veremos más adelante al estudiar la Sociedad internacional, los tratados y las normas legislativas constituyen todavía una pequeña parte de las normas jurídicas existentes.

En nuestro Derecho positivo, siguiendo la tendencia de la Revolución

Francesa, se da una absoluta predominancia a la ley y aun en los casos de vacío legal no se autoriza al Juez a recurrir a la costumbre, lo que ha sido adeptado por los más modernos Códigos, como el chino, el suizo de Obligaciones, etc.

No cabe duda que a pesar de que la costumbre tiene ciertas ventajas sobre la ley, ésta es una fuente superior y su predominancia se explica fácilmente en la época moderna, aun cuando no el total desconocimiento de la costumbre. En efecto se dice que la costumbre es más *espontánea* en su surgimiento, lo que asegura de antemano el asentimiento de aquellos a quienes la norma se va a aplicar. Además, se agrega, es más *flexible* que la ley, pues se va modificando según las necesidades de cada época y de cada lugar; es una norma en constante devenir.

Frente a estas ventajas que se asignan a la costumbre, es evidente que la ley tiene otras que la hacen preferible. En primer lugar su *precisión*. Piénsese que, si frente a un texto legal escrito, redactado por especialistas, existen dudas sobre su interpretación, ¿cuáles no serán estas dudas y vacilaciones frente a la costumbre? Siempre existe la duda sobre: ¿qué dice la costumbre, desde cuándo ha nacido, cuándo cesa en sus efectos?, etc.

Por lo demás y consideramos esto de enorme importancia, la ley permite la intervención del factor *inteligencia* en la producción del Derecho. Se logra que el legislador vaya modelando las costumbres, corrigiéndolas y mejorándolas, de acuerdo con los ideales de Justicia. La costumbre surge del pueblo, pero es, muchas veces, lo más cómodo, las costumbres populares son reaccionarias, se oponen a las innovaciones. Es indudable, que en el desarrollo del Derecho, la inteligencia y la razón representan el camino del mayor progreso y éstas ingresan en el campo jurídico a través de la ley.

JURISPRUDENCIA

Concepto

La jurisprudencia se ha definido como "la manera como se interpretan las leyes por los tribunales" o "como el conjunto de decisiones judiciales establecidas sobre un mismo punto".

Es decir que, ante los vacíos o las dudas en la interpretación de la ley, los jueces, al aplicarla, van dando su posición y cuando la tesis se hace reiterada (en varias sentencias) se dice que hay "jurisprudencia" y esta opinión a veces prevalece como fuente del Derecho, según veremos.

En puridad bastaría con una sola opinión, la primera que se da sobre el caso, para que pueda decirse que hay jurisprudencia. Esto es así en algunos países, en los cuales ese caso líder (leading case) puede quedar como una guía obligatoria (o semi obligatoria) para los demás.

Función de la Jurisprudencia

La misión de esta fuente ha variado mucho a través de la historia [9].

La misión del Juez consiste en aplicar la ley a los casos particulares; en esa función el Juez crea Derecho.

Mucho tiempo se pensó -bajo la influencia de las ideas de la Revolución Francesa- que el juez era un simple aplicador de normas, sujeto a la ley y que la sentencia no añadía nada nuevo en el orden jurídico.

Luego, la escuela de Viena, encabezada por Kelsen, sostuvo que el Juez, al igual que el legislador, creaba normas, en este caso individualizadas, pues en virtud de la indeterminación de las leyes, el Juez, al aplicar la norma general, tiene una gran amplitud y su actividad es un acto de creación.

Creemos que si bien la sentencia judicial no es una "norma individualizada" -lo que significa una contradicción- y el Juez aplica la norma ya existente, en realidad su función es creadora de Derecho [10].

---

(9) La Jurisprudencia en el sentido de ciencia del Derecho -jurisprudencia teórica- se originó en Roma, en el instituto del *jus publici respondendi* que era la facultad que el Emperador otorgaba a ciertos jurisconsultos de responder consultas con carácter obligatorio (pág. 96). De ahí surge el primer sentido de jurisprudencia que era el Derecho (*juris*) dicho por los prudentes (*prudentis*) que responde al concepto originario de la jurisprudencia. Pero el Derecho romano, para corregir el formalismo primitivo, creó un magistrado, el Pretor, cuya función era suavizar la rigidez de las fórmulas legales y éste, cuando había razón, aun contra aquellas fórmulas, otorgaba al particular un edicto que era una especie de resolución para su caso. La jurisprudencia adquirió, entonces, enorme importancia, a través de estos magistrados, aunque debemos notar que la función del Pretor desborda la que tiene hoy un Juez, pues sus decisiones exceden el caso concreto, aunque sin llegar a equipararse a las leyes.

En la Edad Media la jurisprudencia fue más restringida, su campo se reduce en los países donde predomina el Derecho escrito (Sur), frente a los países en que predomina el Derecho consuetudinario. La Revolución Francesa actúa también con respecto a la costumbre: restringe totalmente su campo de acción. Es que fuera del motivo de concebir al Derecho como un producto de la Razón, expresado por el Legislador, los revolucionarios tuvieron una enorme desconfianza de los antiguos "Parlamentos", es decir a la justicia que se debió servilmente a la Reyecía.

Es así que siguiendo esa tendencia heredamos una gran desconfianza a la función de los jueces y, por consiguiente, una restricción a su autoridad tratando de que se limitara a cumplir con la ley. Sin embargo, la época moderna representa una reacción contra esta tendencia y cada vez más vemos aumentar el arbitrio judicial en las nuevas leyes.

(10) La doctrina tradicional sostenía a este respecto que la Justicia -en virtud del principio de la división de poderes- no hacía otra cosa que aplicar el Derecho el que era creado por la ley.

Cuando observamos la actividad que desarrollan los jueces comprendemos la enorme distancia que hay entre la ley -general y abstracta- y la aplicación al caso concreto, distancia que se colma con esa función, creadora, de la jurisprudencia. En la realidad los casos particulares son tan diversos y especiales y la ley deja al Juez tal latitud -dentro de los límites indiscutibles- en su interpretación y en su propio contenido abstracto, que la misión del Juez es amplísima y de una importancia excepcional.

De ese modo también es que adquieren movilidad los preceptos fríos y fijos de los Códigos y es posible que -sin salirse de la norma legal que es la fundamental garantía- la jurisprudencia pueda evolucionar y se hable de las tendencias de la jurisprudencia, de sus variaciones, etc.

Esa es la realidad de todos los países, inclusive de aquellos que mantienen la función jurisdiccional totalmente regulada por la ley, en los cuales los jueces van adecuando el Derecho a las necesidades del momento y van creando las formas necesarias para las exigencias del progreso.

La escuela vienesa modificó sustancialmente ese punto de vista. Dijo que la función llamada jurisdicción es productora de Derecho, es una norma jurídica individualizada, que constituye una etapa en la creación del Derecho (KELSEN, *Compendio de la teoría general del Estado*, Barcelona, 1934, pág. 196. Ver, LEGAZ Y LACAMBRA, *ob. cit.*, pág. 382.)

La sentencia judicial, como norma individual, no es sólo una operación lógica de individualización -la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es la ley- como creía la doctrina anterior, sino un acto de creación que implica, dentro de ciertos límites, un punto de vista sobre la justicia, la propia valoración del Juez.

Nosotros entendemos que no puede, como hacía la doctrina clásica, reducirse la importante actividad judicial a la aplicación de la ley, cuando en verdad la misión del Juez es crear el Derecho, pero creemos también que la actividad judicial no es creadora de normas.

El Juez crea Derecho, aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico, de igual modo -guardando las diferencias- que el último funcionario de la Administración por su jerarquía, un policía, por ejemplo, que actúa en cualquier incidente dando órdenes y tomando resolución, está creando Derecho. Pero no lo hace creando normas, porque la norma por esencia no puede agotarse en un caso particular.

Es decir, que para nosotros, admitir que la jurisprudencia cree Derecho, no es contradictorio con sostener que la única fuente formal del Derecho es la ley.

Hasta ahora en el Derecho la misión de los jueces aparece limitada al caso concreto. En nuestro país, por ejemplo, aun cuando la Corte de Justicia declara inconstitucionales las leyes, su sentencia no tiene efecto general, sino para el caso concreto para el que se dicta.

Por otra parte la ley no puede preverlo todo y el Juez no puede dejar de fallar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley, por lo cual su labor en la creación del Derecho, es muy importante.

La Jurisprudencia como fuente formal del Derecho

En nuestro régimen jurídico la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho. La decisión de un Juez en un caso no obliga para otro; aun cuando se trate de un Juez superior su interpretación no obliga al inferior. Es decir que cuando nos encontramos frente a una interpretación judicial de una norma, ella no constituye una fuente de Derecho, puesto que no es obligatoria, ni para el mismo Juez que la ha dictado.

La norma positiva de la cual resulta que en nuestro país la jurisprudencia no es fuente formal del Derecho es el artículo 12 del Código Civil, que dice: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

Y el artículo 14 dice: "La Alta Corte de Justicia siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes". Es una importantísimo facultad que debía ser usada más frecuentemente por nuestra máxima autoridad judicial.

Pese a que en Uruguay se introdujo el régimen de casación (francés) que permite a la Suprema Corte anular (casar) una sentencia por violación de la ley (en materia penal en 1909 y civil en 1979) la jurisprudencia sigue siendo libre y la interpretación de la Corte -aun en casación o cuando declara una ley inconstitucional- no obliga al Juez inferior (sólo vale en el caso concreto).

En otros Derechos hay sistemas distintos. En Inglaterra, por ejemplo, la jurisprudencia es fuente de Derecho, igual que la costumbre, pues los precedentes judiciales son obligatorios para los casos futuros y el Juez queda constreñido por los mismos. En ese país -como en Estados Unidos, en menor grado- el estudio del Derecho, en vez de realizarse en las leyes, se hace sobre los casos judiciales resueltos, puesto que de ellos se extraen las normas para el futuro. Solamente se pueden modificar -y ésta es la válvula de escape para la evolución- las decisiones anteriores, cuando el caso no sea totalmente idéntico.

En Francia la Corte de Casación, tribunal supremo, cumple una función unificadora de la jurisprudencia. Si un Juez dicta una sentencia modificando la jurisprudencia y el particular entiende que ha sido mal interpretado el Derecho, puede pedir la "casación del fallo". La Corte, entonces, manda el caso a otro Juez de igual jerarquía que el primero. Si éste está de acuerdo con la opinión primitiva de la Corte, se termina el juicio. Si esta está de acuerdo con el primer Juez, la Corte -integrada especialmente en pleno- estudia nuevamente el asunto y decide la interpretación que debe darse a la ley (sin resolver el caso, el que pasa a un tercer Juez para ser decidido de acuerdo a esa interpretación). Es lógico que si la Corte fija una interpetación, los jueces la van a adoptar, para evitar que sus fallos sean anulados (casados). Salvo que el Juez entienda que la jurisprudencia debe variarse y puede hacerlo, pues realmente es libre, pero sometido su fallo a la posibilidad de casación. De esa forma la jurisprudencia tiene cierta uniformidad y se dice que las modificaciones se producen cada cierto período de tiempo (más o menos 25 años).

¿Qué ventaja tienen estos sistemas? El de jurisprudencia obligatoria evita la variabilidad de las resoluciones judiciales. Nada contradice tanto el sentimiento de la justicia, como el hecho de encontrar decisiones judiciales contradictorias, frente al mismo caso. Es absurdo que la obtención de un fallo favorable, el pago o no de un impuesto pueda depender de que un asunto se inicie en un juzgado o en otro. Y eso sucede en nuestro país.

Pero en cambio el sistema de jurisprudencia libre tiene la ventaja de permitir al Juez mayor elasticidad frente al caso particular permitiéndole cumplir la verdadera misión de la jurisprudencia. Si hubiera casos idénticos sería un absurdo sistema, pero casi siempre el caso es especial o hay alguna diferencia con el anterior, por lo cual dejando en libertad al magistrado, naturalmente dentro de la ley, se le permite cumplir con las verdaderas normas de la equidad que es la aplicación de la justicia al caso concreto.

Quizá el sistema libre es el deseable, con ciertas restricciones.

Además debe señalarse que en nuestro régimen, a pesar de la libertad, siempre hay tendencias jurisprudenciales, pues los magistrados sienten, aunque sea moralmente, la influencia de los precedentes. De ahí que tenga tanta importancia el estudio de los fallos y su publicación a efectos de que sean conocidos.

Tiene también enorme importancia la jurisprudencia como fuente material del Derecho, pues en ella se inspira y debe inspirarse el legislador para modificar la ley, perfeccionándola.

LA DOCTRINA

Es otra fuente del Derecho.

Concepto

El Derecho surge insensible e inconscientemente en el seno de la sociedad y como todos los fenómenos sociales, el estudio teórico del mismo

es muy posterior a su aparición, la doctrina jurídica aparece en una época posterior al surgimiento de las normas.

Pero desde muy antiguo datan los estudios teóricos sobre el Derecho y la preocupación de los autores por conocer y mejorar las normas existentes en la sociedad.

El origen de los estudios doctrinarios sistemáticos sobre el Derecho se produce en Roma donde hubo una clase especial (de juristas) que se dedicaban a esa tarea.

Y tanta importancia tuvo que el Emperador concedió el *jus respondendi* a ciertos jurisconsultos famosos, haciendo entonces de la doctrina una fuente formal del Derecho. Lo que estos jurisconsultos decían era obligatorio. Su opinión era una norma jurídica. Luego, cuando desaparecieron esos teóricos del Derecho, sus opiniones se compilaron dándoles un valor obligatorio, lo que hizo hablar del "Tribunal de los muertos".

La doctrina, conjunto de opiniones emitidas por los autores jurídicos, no es actualmente fuente formal del Derecho. En ningún caso las opiniones de los profesores, escritores o estudiosos del Derecho son obligatorias en forma general, como sucedió en Roma.

Sin embargo, la doctrina cumple una importante función como fuente real. El legislador al hacer una ley y el juez al interpretarla, se orientan por las opiniones doctrinarias, (nuestra propia ley establece que en caso de lagunas debe recurrirse a "las doctrinas más recibidas"). A través de la doctrina, pues, llegan a convertirse en Derecho positivo las inspiraciones ideales de los hombres y el factor racional influye también de ese modo en la creación de las normas.

Conclusión

Después del estudio realizado debemos concluir que la única fuente formal del Derecho en nuestro país, es la legislación, pues aunque la creación jurídica sea producida por otros medios, las únicas normas que obligan son las que toman forma de ley, reglamento, decreto, etc. (todo lo que comprendemos bajo la denominación de legislación).

Nuestros códigos responden a una tendencia racionalista que rechaza la costumbre y se aferra a la ley. No obstante lo cual el nuevo Código General del Proceso da entrada a la equidad aunque en forma excepcional (si las partes lo piden al Juez y también como regla en el arbitraje si las partes no deciden que se falle "en derecho"). En cambio no a la costumbre, pues aun en caso de vacío se prefieren los principios y aun la Doctrina.

Lecturas recomendadas para esta unidad

GENY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo.*
DU PASQUIER, Claude, *Introduction à l'étude du Droit.*
DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil.*
DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho* (con adiciones de Recasens Siches).

UNIDAD IV

ORDEN JURIDICO

LAS DIVERSAS NORMAS Y SU JERARQUIA. CONSTITUCION. LEY. MEDIOS PARA ASEGURAR LA JERARQUIA DEL ORDEN JURIDICO. EL ORDEN JURIDICO

Conceptos del orden jurídico.

Las diversas normas jurídicas de un sistema positivo constituyen un orden. En efecto, las reglas jurídicas de un país configuran un sistema orgánico, un todo coherente regido por principios de lógica, especialmente por el de no contradicción" [1].

Dentro del ordenamiento jurídico de un Estado siempre habrá una solución para un problema y nunca podrá haber dos soluciones contradictorias, porque en caso de que dos normas se contradigan, siempre habrá una sola que será válida.

No puede ser posible que en el mismo ordenamiento jurídico una norma diga que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años y otra 16. Una de las dos solamente será válida. No es posible dudar si está permitido transitar libremente por los caminos dentro de un Estado: si no hay ninguna norma prohibitiva quiere decir que está permitido -en virtud del principio general- que lo que no está prohibido está permitido [2].

(1) Hay autores que han encontrado que existe una verdadera lógica del Derecho, con aplicación de los diversos principios lógicos. Ver en este sentido Eduardo GARCIA MAYNEZ, *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

(2) Varios autores, especialmente KELSEN, han afirmado la existencia de la plenitud del orden en el que no se encontrarían lagunas (*infra*, pág. 156, nota 127).

Y uno de los principios que permiten esa plenitud es el enunciado de que "está jurídicamente permitido todo aquello que no está jurídicamente prohibido". Ver en extenso LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del Derecho*, págs. 362 y 366 y sigts.; GIOIA, *El postulado jurídico de la prohibición*.

Principios que rigen el orden jurídico

Para resolver los conflictos que plantea la contradicción de dos normas jurídicas y hacer primar el principio lógico antes mencionado existen tres principios fundamentales dentro del orden jurídico.

1) Principio de jerarquía

El orden jurídico se encuentra escalonado existiendo normas que están en distinta escala, unas inferiores y otras superiores.

Según el principio de jerarquía una norma de escala superior prima sobre la inferior y cuando hay contradicciones entre ambas, debe dejarse de aplicar esta última. Para esto el orden jurídico establece recursos que aseguran la jerarquía -supremacía- de las normas.

Por encima de todas las normas de un país debe colocarse el Derecho Internacional. Si admitimos, como hemos hecho, la existencia de este Derecho, tenemos que aceptar que esa norma es superior a cualquier otra del Derecho de cada Estado. Si formamos parte de organismos internacionales (ONU, OEA), cuyas normas contribuimos a crear y aceptamos, no podemos eludirlas luego sin violentar el ordenamiento jurídico.

Dentro del país, en el primer escalón se encuentra la *Constitución*. Es el conjunto de normas superiores que regulan la forma de gobierno y la organización de los Poderes de un Estado. Ella es confeccionada por el Poder Constituyente y para su reforma se exigen procedimientos especiales en los cuales generalmente interviene el plebiscito.

Luego, en el segundo grado vienen los Códigos, las leyes ordinarias y los decretos de las Juntas Departamentales. Las *leyes* son las normas generales y abstractas dictadas por el Poder Legislativo. El *Código* es una ley, también, dictada por el Poder Legislativo, más amplia, que comprende un conjunto de normas sobre la misma materia ordenadas sistemáticamente (Código Civil, Comercial, Penal, etc.) y el *decreto de la Junta Departamental* (ordenanza) es una ley dictada por el órgano legislativo del Gobierno Municipal.

En el tercer escalón están los *decretos* (propiamente dichos) y *reglamentos*, dictados por el Poder Ejecutivo y las *resoluciones* de los Consejos Departamentales. El Poder Ejecutivo tiene la facultad de dictar decretos y reglamentos, para hacer posible el cumplimiento de las leyes.

El *decreto-ley* es una ley, por su jerarquía y un decreto por ser dictado por el Poder Ejecutivo. En nuestro país no está admitido dentro del orden jurídico; en otros se acepta en casos especiales, dándole al Poder Ejecutivo la facultad de dictar leyes de emergencia. En el Uruguay han existido decreto-leyes en casos en los cuales se había roto el orden jurídico (golpes

de Estados); después, por un plebiscito, se ratificaron para darles validez. Corresponde colocarlo en el segundo grado de la escala, junto a la ley.

En el último escalón se encuentran los actos individualizados. La *sentencia*, resolución judicial sobre el punto sometido a decisión del Juez, con efecto, para las partes en pugna. Los *actos administrativos*, decisiones particulares de la Administración (nombramiento o destitución de un funcionario, otorgamiento de una concesión, etc.). Los *contratos*, acuerdo de voluntades entre las partes para crear, modificar o extinguir obligaciones jurídicas.

2) Principio de derogación

Cuando la contradicción exista entre dos normas de la misma jerarquía, provenientes de un mismo órgano, dos leyes, por ejemplo, se aplica el principio de la derogación en virtud del cual la ley posterior deroga a la anterior en el tiempo. Así cuando se hace una ley contraria a otra, aunque la nueva no lo diga, la más antigua quedará derogada tácitamente.

3) Principio de la competencia

Si apareciera la contradicción entre dos normas dictadas por distintos órganos, una ley y un decreto municipal por ejemplo, se deberá dar primacía a la dictada por el órgano competente. Este es aquel que tiene atribuida la facultad de regular la materia de que se trata. Si la norma se refiere a una cuestión municipal (mercado, tránsito en las calles, alumbrado, etc.), será competente el órgano municipal, la Junta Departamental y deberá preferirse, si hay contradicción, la ordenanza o decreto municipal a la ley. Quiere decir que el Parlamento no tiene más poder -salvo que la Constitución expresamente lo establezca, como en algunos casos en que lo convierte en órgano de apelación en materia municipal- que las Juntas Departamentales; aquí no juega el principio de jerarquía sino el de competencia [3].

Con la aplicación de estos principios se solucionan las contradicciones que puedan existir en el sistema jurídico, el cual de esa manera viene a ser un verdadero orden con la necesaria coherencia y armonía.

(3) El artículo 262 dice que el gobierno y la administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta y una Intendencia Municipal.

La competencia municipal, se refiere, en principio, a todos los servicios departamentales, con excepción de la seguridad pública. El artículo 273 enumera alguna de las facultades de las Juntas Departamentales.

Y dentro del Departamento el "decreto", como dice la Constitución, es desde el punto de vista material, una ley. Si alguna duda quedaba de esto en nuestro Derecho, queda disipada con el artículo 260 de la Constitución de 1967 que dice: "Los decretos de los gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales ...". Es decir que habla de "fuerza de ley" y le acuerda a la Suprema Corte de Justicia la facultad de declararlos inconstitucionales como a las leyes.

JERARQUIA DE LAS NORMAS JURIDICAS

Concepto

Ya dijimos que dentro del orden jurídico las normas están jerarquizadas.

Esto significa que hay diversos grados de normas jurídicas y tiene una consecuencia esencial: la norma superior deroga a la inferior.

No nos interesa aquí resolver el problema de cuál es el fundamento de esa jerarquía [4]. Bástenos saber que existe y que aparentemente cada norma va tomando validez de la norma superior, por eso las leyes se basan en la Constitución y se forman de conformidad al proceso que ésta determina, no pudiendo modificarlo. Y los decretos o reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo dependen también de las normas superiores.

---

(4) Al respecto hay dos teorías principales. Para la escuela de Viena, dirigida por KELSEN, el fundamento deriva de la naturaleza de las normas: el Derecho se produce por grados, siendo las normas superiores las más abstractas, las que fundan y hacen derivar las inferiores. Dice KELSEN que "el Derecho tiene la peculiaridad de que él mismo regula su propia creación, de tal modo que la producción de una norma de Derecho, constituye una situación que está regulada por una norma jurídica superior; y al propio tiempo, la norma inferior, creada por ésta, determina a su vez, el modo de creación de otra norma subordinada a ella. Todo hecho de producción de una norma representa, además, con respecto a la norma superior que lo regula, un acto de ejecución de la misma. A su vez, la norma creada por este acto, será ejecutada de nuevo mediante otro hecho creador de una norma inferior. En el curso de este proceso productor del Derecho (en incesante y perenne renovación) que va siempre, sucesivamente, de una situación abstracta a otra más concreta, se van rellenando las normas generales con un contenido cada vez más individualizado". (*Compendio de teoría general del Estado*, págs. 189 y 190).

KELSEN, en su posición, llega a reducir a dos las funciones tradicionales, reuniendo la jurisdicción y la administración dentro del "concepto lato de ejecución de leyes de una sola actividad opuesta a la legislación que es creación verdadera".

La teoría clásica, compartida por varios autores modernos, sostiene que la distinta jerarquía no emana de la naturaleza de las propias normas, sino de los órganos que las crean. Por un principio de organización política -basado en el ordenamiento social- existen diversos órganos, unos superiores a otros; las normas tendrán que seguir las jerarquías de estos órganos. La norma constitucional será superior porque emana del Poder Constituyente, que es el órgano primario de toda organización política de la sociedad. (Ver más ampliamente, R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la theorie de la formation du Droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation*).

También excede de los fines de este curso, el problema de saber de dónde saca su validez la norma superior del orden jurídico [5].

Medios para asegurar la jerarquía de las normas jurídicas

Por principio una norma jurídica de jerarquía inferior no puede derogar a una superior. Si hay dos contradictorias la inferior debe desaparecer. En el Derecho existen medios para asegurar esta jerarquía y provocar la no aplicación de la norma inferior.

Cuando una ley o un decreto de la Junta Departamental van contra la Constitución pueden ser declarados inconstitucionales, como veremos en el parágrafo siguiente:

El reglamento no tiene otro fin que el de permitir la ejecución de la ley, por lo cual no puede derogarla, ni tampoco ampliarla [6]. En esos casos, el Juez a quien se le pide la aplicación, puede declarar ilegal el reglamento y no aplicarlo.

---

(5) No consideramos que corresponda a este curso este problema sino a la Filosofía del Derecho. Por ello no lo tratamos en el texto, no porque pensemos, como KELSEN, que está fuera del Derecho, pues, por el contrario, creemos, como LEGAZ Y LACAMBRA que, aunque estuviera más allá del Derecho, no dejaría de interesarle, porque "es cómo el horizonte del paisaje jurídico" y "éste se borraría, quedando reducido a un primer plano de una sola dimensión -sin ámbito vital ni sensación de realidad- si lo separamos del horizonte en el que encuentra emplazamiento, ambientre y sentido". (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 348).

A pesar de todo, queremos dejar sentado que, en nuestra opinión, el Derecho saca su validez del hecho social (este punto es aceptado hasta por KELSEN en sus últimas posiciones), pues la norma para encontrar su fundamente debe vincularse a la realidad humana que le da sentido y para quien se hace. El Derecho nace de los hechos sociales, que se imponen a la voluntad del hombre, pero que también son dirigidos por ella. No creemos en la oposición absoluta entre el mundo del ser y el del deber ser, sino por el contrario en que en última instancia las normas se basan en el hecho (normatividad de lo fáctico), pero no en el hecho frío o inmutable, sino en el hecho social y humanò. (Ver RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, págs. 102 y sigts.).

No admitimos, pues, la posición de la escuela de Viena de que el orden normativo no tiene ningún contacto con la esfera del ser, por lo cual, la primera Constitución extrae su valor de la norma hipotética fundamental.

(6) La Constitución al establecer las funciones del Poder Ejecutivo -Presidencia actualmente- ha dicho que debe hacer ejecutar las leyes, "expidiendo los REGLAMENTOS ESPECIALES QUE SEAN NECESARIOS PARA SU EJECUCION" (art. 168 inc. 4 final), de donde se deduce que la POTESTAD reglamentaria tiene como fin hacer ejecutar las leyes.

La sentencia es susceptible de recursos (reposición, apelación y nulidad) si no se arregla a las normas jurídicas; el contrato también puede ser anulado (o rescindido) y el acto administrativo tiene también que someterse a dichas normas jurídicas, pues de otra manera puede ser anulado. Desde que existe el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en nuestro Derecho, se pueden anular los actos administrativos.

Declaración de inconstitucionalidad de las leyes

Sistemas diversos

Cuando una ley se opone a la Constitución debe primar esta última norma, de acuerdo al principio de la jerarquía.

En el Derecho comparado existen diversos sistemas al respecto. Se trata de una cuestión muy delicada, pues en el fondo hay que controlar al Poder Legislativo, el poder más genuinamente representativo de la voluntad popular. Resulta peligroso dar esa facultad a otro órgano o cuerpo que pueda, de este modo, trabar la acción de aquel Poder.

En primer término, existen algunos países en los cuales, a pesar del principio de la jerarquía de las normas jurídicas, se considera que los tribunales judiciales no pueden declarar inconstitucionales las leyes dictadas por el Poder Legislativo, teniendo tal solución por finalidad, respetar fielmente el principio de la separación de Poderes.

Es el sistema de Francia, según la interpretación de la Corte de Casación. Se reconoce la superioridad de la Constitución, pero se piensa que, si los jueces pudieran dejar de aplicar las leyes, alegando su inconstitucionalidad, se violaría el principio de la separación de Poderes y se permitiría que el Judicial controlara al Legislativo en su tarea fundamental: la de hacer la ley. Y este temor puede tener sus motivos reales, pues en algún país la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, significó un verdadero contralor del Poder Legislativo. En Estados Unidos, por ejemplo, donde se admite que la Suprema Corte de Justicia, declare inconstitucionales e inaplicables las leyes violatorias de la Constitución, en ciertas épocas de la historia, se veía trabada la acción legislativa por esa vía. Así, en el primer período de la Presidencia de Roosevelt, se declararon inconstitucionales una serie de leyes sociales y el Derecho laboral, que formaron parte de toda una política del Presidente y su partido, invocándose (por la Corte), la defensa de ciertos derechos (libertad, propiedad, etc.), consagrados por la Constitución y que eran entendidos, quizá, en forma demasiado absoluta, por sus defensores. Hasta se hacía referencia al sistema como el "Gobierno de los Jueces".

El sistema de Estados Unidos -como el nuestro- permite que los jueces declaren inaplicables las leyes inconstitucionales, atribuyéndole esa facultad al Supremo Tribunal Judicial. Se considera que este sistema, a pesar de los inconvenientes anotados, es el lógico y justo, puesto que si el Juez se

encuentra frente a una ley y a una disposición constitucional, tiene que aplicar una de las dos y, en virtud del principio de jerarquía debe inclinarse por esta última. De este modo se logra también que la labor legislativa se encarrile en las vías constitucionales, exigencia fundamental del régimen de Derecho. Y se trata de paliar la violación del principio de la Separación de Poderes dándole, al fallo que declara la inconstitucionalidad, efecto solamente para el caso concreto.

La ley, pues, no se deroga, sigue en vigencia.

Existe, por último, un tercer sistema, que consiste en crear un organismo especial -que no pertenezca a ningún Poder- para declarar inconstitucionales las leyes. En este caso esta declaración apareja la derogación de la ley. Era el sistema creado en la Constitución de Austria de 1919 y de España de 1931. En ambos, con pequeñas variantes, se establecía un Tribunal Especial (Alta Corte Constitucional en Austria, Tribunal de Garantías Constitucionales en España), con una integración especial (inclusive con representación de las Facultades de Derecho) y con el único cometido de estudiar la constitucionalidad de las leyes. Se salvaba así, el principio de la Separación de Poderes, al estar, dicho Tribunal, fuera de los distintos poderes del Estado. Un sistema similar se recoge en algunas Constituciones actuales (Alemania, Italia, etcétera).

Nuestro régimen

En nuestro país, hasta 1934, no existía ninguna norma al respecto, a pesar de lo cual un sector de nuestra doctrina sostenía que, en virtud del principio de jerarquía de las normas, inmanente y esencial en todo sistema jurídico, el Juez, frente a la contradicción debía aplicar la norma constitucional, igual que cuando tenía frente a sí una ley y un decreto contradictorios, aplicaba la primera, sin necesidad de que ninguna disposición especial le atribuyera tal facultad y como simple solución a un problema de aplicación e interpretación del Derecho

Pero en el año 1934 la Constitución le dio a la Suprema Corte de Justicia, en forma expresa, la facultad de declarar las leyes inconstitucionales. Estas disposiciones se mantuvieron y han sido objeto de algunas modificaciones en la Constitución de 1951, pero se mantienen incambiadas en la de 1967. El sistema consagrado en los artículos 256 a 261 de la Constitución, es el siguiente: pueden declararse inconstitucionales las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales (art. 260). En ambos casos se trata de normas que ocupan el segundo grado de la escala jerárquica, inferiores a la Constitución.

La declaración se podrá fundar en razón de forma o de contenido (art. 256). La inconstitucionalidad de forma se produce cuando la ley tiene algún defecto formal, viola la Constitución en los procedimientos que ésta indica para su elaboración, como por ejemplo, si se creara un Ente Autónomo sin alcanzarse la mayoría que exige la Constitución (art. 189), etc. La

inconstitucionalidad de contenido, se opera cuando la ley contradice el fondo de una disposición constitucional, como sucedería en una ley que lesionara el ejercicio del derecho de huelga, que la Constitución consagra en su artículo 57 o la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 68.

La inconstitucionalidad puede ser opuesta como excepción, es decir como defensa cuando a una persona, en un juicio determinado, se le va a aplicar una ley inconstitucional. En ese caso ese individuo alega que la ley viola la Constitución y pide que así se declare. También puede ser pedida por vía de acción [7]. Una persona a quien una ley nueva lo lesiona en sus derechos, puede, antes de que se aplique, presentarse directamente ante la Corte de Justicia alegando la inconstitucionalidad (art. 258).

Pero en los dos casos solamente puede actuar pidiendo la declaración quien "se considere lesionado en su interés directo personal y legítimo". Debemos recalcar este concepto para señalar que nuestro instituto funciona solamente con respecto a la persona lesionada en su interés y no por cualquiera que considere que una ley es inconstitucional, si no le afecta directamente.

El pedido de inconstitucionalidad, pues, debe ser formulado por la persona que se considere lesionada o también por el Juez o Tribunal judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando, en un procedimiento, estos organismos se encuentran en la posición de tener que aplicar una ley inconstitucional. En ese caso, el Juez o Tribunal, interviniente, puede de oficio, por propia iniciativa, elevar el expediente para que la Corte resuelva la cuestión.

El procedimiento -que ha sido reglamentado por el Código General del Proceso (1989), como indica el artículo 261 de la Constitución-, consiste en suspender los procedimientos, cuando se pida la declaración o el Juez considere que la ley es inconstitucional y elevar las actuaciones -el expediente- a la Corte de Justicia (art. 258).

---

(7) Esta segunda forma -inconstitucionalidad, por vía de acción- fue introducida, en nuestro Derecho positivo, por la Constitución de 1951. Antes de esta norma expresa no se admitía la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, salvo en el caso de que a una persona, se le quisiera aplicar la ley, entonces, la deducía como excepción.

Resulta justificada la innovación, pues hay leyes que afectan el interés legítimo de una persona aún antes del proceso. Así, un decreto municipal que prohiba la edificación en una zona -o la reglamente de tal modo que haga imposible efectuarla- puede afectar el derecho de propiedad consagrado por la Constitución. Y el particular sufre esa ley -cuando pide permiso para construir- sin necesidad de que haya un juicio en el cual se le pretenda aplicar. Por eso es conveniente que pueda presentarse a pedir la declaración de inconstitucionalidad como acción.

Este organismo es el que tiene la competencia exclusiva, pues no pertenece a ningún otro y originaria porque conoce en única instancia. Sólo él estudia la inconstitucionalidad y decide.

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad es producir la inaplicabilidad de la ley pero "exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado" (art. 259). Esta disposición regula la eficacia de la declaración, que sólo alcanza al proceso en que se pronuncia, es decir, que en ningún modo la ley queda derogada ni se deja de aplicar en el futuro, sino solamente en ese caso. Para otro, habrá que pedir nuevamente la declaración, aun cuando sea idéntico.

Esto es esencial y tiende a evitar la violación del principio de la Separación de Poderes. El Poder Judicial dicta decisiones particulares y ésta es una de ellas. La Corte, frente a quien tiene un interés directo, personal y legítimo, declara la ley inconstitucional, devuelve el expediente al Juzgado -si se había planteado como excepción- y éste dicta su sentencia, pero ya dejando de aplicar la ley inconstitucional. Pero sólo en ese caso, sólo para esas partes. Una vez más vemos cómo, en nuestro país, la jurisprudencia no es fuente de Derecho.

Contralor de la constitucionalidad de los decretos departamentales

También podrán ser declarados inconstitucionales los decretos de las Juntas Departamentales, es decir las ordenanzas que tienen carácter de ley (material), dentro de su jurisdicción o competencia departamental (art. 260). Es una innovación que introdujo la Constitución de 1951, totalmente lógica, puesto que son leyes iguales a las que dicta el Poder Legislativo. En este caso se aplican las mismas disposiciones comentadas, siguiéndose idéntico procedimiento y teniendo la resolución de la Corte, en estos casos, el mismo efecto (el decreto queda en vigencia).

Otros recursos contra los decretos de las Juntas Departamentales

La Constitución establece, además, que los decretos de la Junta Departamental y resoluciones del Intendente Municipal, contrarios a la Constitución y a las leyes, serán apelables para ante la Cámara de Representantes, por 1/3 de la Junta o por mil ciudadanos inscriptos en el Departamento (art. 303). Es decir que se establece otro recurso más -distinto del de la inconstitucionalidad- el de apelación para ante la Cámara. En este caso la resolución de la Cámara de Representantes, si es contraria al decreto de la Junta, lo deroga, le quita el efecto en forma general y para el futuro.

Además se establece (art. 304) el referéndum como recurso contra los decretos de las Juntas Departamentales. Y la ley de 28 de octubre de 1953 lo ha reglamentado a efectos de que pueda ser ejercido directamente por el pueblo, habiendo funcionado en algunos casos concretos.

También el Poder Ejecutivo puede apelar ante la Cámara de Representantes los decretos que crean o modifican impuestos (art. 300).

ANULACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Generalidades

A efectos de asegurar plenamente la jerarquía de las normas jurídicas, además de la declaración de inconstitucionalidad y de la posibilidad, de que hablamos, de que los jueces puedan dejar de aplicar un reglamento ilegal, sin necesidad de que lo disponga ninguna norma especial, es necesario arbitrar medios para que dichos reglamentos y los actos administrativos queden también sometidos a las normas superiores. Sabemos que los reglamentos administrativos (resoluciones de carácter general) y los actos administrativos (resoluciones de carácter particular) deben estar sometidos a las normas superiores (principio de jerarquía) y además no deben ir contra las resoluciones o reglamentos dictados por otros órganos competentes (principio de competencia). Pero como el Derecho es una ciencia de normas, resulta indispensable agregar a estos principios, un medio de asegurar que no sean violados o, mejor dicho, un remedio para corregir esa violación. Es necesario que el acto o reglamento que va contra una norma superior o en general contra el orden jurídico (por diversos defectos, por ejemplo un defecto de forma, falta de competencia del órgano que lo dicta, etcétera) quede sin efecto, para lo cual el Derecho prevé los correspondientes mecanismos.

Cuando el Poder Ejecutivo dicta un reglamento sobre las importaciones o establece recargos sobre los artículos o regula las actividades del servicio consular (actos generales) o cuando aquélla u otra autoridad hace un nombramiento, contrata un servicio, destituye o sanciona a un funcionario (actos particulares), debe sujetarse al régimen jurídico. Cuando no lo hace existen remedios a efectos de que el acto incorrecto (ilegal, inconstitucional, violatorio del orden juricio al fin) quede sin efecto o se modifique para que se ajuste al Derecho. Estos son los recursos administrativos de que hablaremos. Luego existe la anulación del acto administrativo violatorio de la regla de Derecho, dictada por una autoridad superior.

Sistemas diversos

En todos los países existen, en primer lugar, recursos ante la propia Administración para que el órgano que dictó el acto o un órgano administrativo jerárquicamente superior lo anule o modifique.

Hemos expresado ya, al estudiar el gobierno, que los distintos organismos del Estado, están también jerarquizados, convergiendo hacia un vértice superior. Así, el Poder Ejecutivo, en nuestro país, tiene diversos órganos, desde el más bajo funcionario, pasando por los distintos jefes, comisiones, direcciones, subsecretarios, ministros, etc., hasta llegar al vértice que es el Presidente de la República. Lo mismo podemos decir de los

otros centros de poder de la Administración, por ejemplo, de las Intendencias Municipales, de los Entes Autónomos, etc. Así, un director de liceo, un decano de la Facultad, está sometido a la jerarquía del Consejo de Educación Secundaria o del Consejo de la Facultad, respectivamente.

El primer recurso, naturalmente, es el que puede presentarse ante el propio órgano que dictó el acto, ese director de liceo, el ministro, o el jefe de sección, etc. Se trata, en este caso del recurso llamado comúnmente de reposición, de revisión o, como dice nuestra Constitución, de revocación (art. 317). Cuando ese órgano no revoca su propia decisión, no la modifica ajustándola a Derecho, existe un recurso ante el órgano jerárquicamente superior, llamado comúnmente recurso de apelación o, como dice nuestro Derecho, jerárquico [8].

En ambos casos nos movemos siempre dentro de la propia Administración, nos dirigimos a ella para pedirle que ajuste sus resoluciones al orden jurídico. Pero esto no basta; es necesario, para el mayor respeto del orden jurídico, que si la Administración no corrige los defectos de sus reglamentos o actos, exista un organismo superior, fuera de ella, que pudiera hacerlo. Ese es el problema que se plantea de la anulación de los actos administrativos por una autoridad distinta a la propia Administración. Es necesario que si el Presidente de la República o el Consejo Central Universitario (vértices de sus respectivos centros de poder) no resuelven la situación, por encima de ellos, independientemente de ellos, por lo menos, exista un organismo que tenga esa facultad. Este problema es bastante complejo y ha dado lugar a diferentes soluciones en los diversos países.

En general, sin estudiar los sistemas intermedios, mixtos y las diversas particularidades de cada uno, podemos encontrar dos grandes regímenes. Uno en el cual existe, precisamente un organismo con facultad de anular dichos actos o de ordenar su reforma (cambiarlos, enmendarlos). Otro grupo de países, en cambio, no admite esta solución por lo cual, al no crear dicho organismo, cuando la Administración no revé su decisión, los actos administrativos o reglamentos no pueden ser modificados por nadie. En ellos solamente se admite que el particular perjudicado por ese acto antijurídico, recurra ante el Poder Judicial y reclame una indemnización (compensación pecuniaria) por el daño causado por aquel acto. Es decir que el funcionario que ha sido ilegalmente destituido o aquel a quien no se le ascendió o el particular a quien la Administración le causó un daño (carnicero a quien el Intendente Municipal clausuró su carnicería), agotados los recursos administrativos, no puede hacer nada mas que reclamar una indeminización. El funcionario no será reintegrado al cargo, la carnicería no será abierta, salvo que la Administración revoque su resolución y el afectado solamente podrá cobrar una indemnización, lo que queda a cargo del Poder Judicial (decidir si corresponde y fijar su monto). No se crea, entonces, ningún nuevo organismo.

(8) Más ampliamente: Enrique SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 470 y sigts.

El problema se plantea entre los que, defendiendo el punto de vista jurídico reclaman la creación de un nuevo organismo que anule los actos de la Administración y los que, como en los países últimos que mencionamos, defienden a dicha Administración para que sus actos sean inconmovibles. Dicen que, si por encima de ella se crea un organismo que modifique sus actos o simplemente, los anule, se traba su acción.

Como se ve, es un problema de política, en la organización del gobierno del Estado. En general, podemos decir que, a medida que se ha desarrollado el orden jurídico y el mecanismo del Estado, se ha ido extendiendo a nuevos países la creación de estos organismos con facultades para anular los actos administrativos.

Dentro de los regímenes que admiten la revisión de los actos administrativos, caben, teóricamente, tres posibilidades: a) la reforma del acto, esto es, que se dicte un nuevo acto que sustituya a aquél; b) la anulación del acto, esto es simplemente quitar validez al acto dictado; c) la indemnización o reparación. Ya dijimos que esta última cabe aun en los sistemas que no prevén la anulación de los actos administrativos, pero en estos últimos, es decir en los que la admiten, también funciona la indemnización. En efecto, no basta, cuando a un funcionario se le ha destituido o cuando a un particular se le ha clausurado un comercio, anular el acto: es necesario además, compensarle las pérdidas que ha sufrido o los daños, durante el tiempo que duró dicho acto, pues la anulación nunca es inmediata o automática.

La diferencia entre la anulación y la reforma, es evidente: anular es quitar el efecto, reformar es cambiar, colocar otro acto en lugar del anulado. La reforma es, pues, un paso más, una facultad mayor que se le da al organismo. A veces basta con la anulación (el funcionario destituido), otras, ésta no es suficiente para restablecer el orden violado. Cuando se asciende a un funcionario que no tiene derecho, el perjudicado que reclama no queda satisfecho con que se anule el nombramiento, aspira a que se reforme el acto siendo nombrado él en lugar de aquél incorrectamente designado.

Nuestro régimen en los Constituciones de 1952/1966

Nuestro sistema, como todos los demás, admite los recursos administrativos que permiten al propio órgano o al superior jerárquico modificar la decisión. En este sentido existe el recurso de revocación (reposición) ante la misma autoridad y el de apelación o jerárquico ante la autoridad superior. La Constitución en el artículo 317 y siguientes, regula esos recursos, estableciendo, entre otras cosas, dos principios importantes: que el recurso de revocación o revisión ante el mismo órgano que dictó el acto, debe interponerse dentro de los diez días y que el de apelación o jerárquico debe ser interpuesto subsidiariamente de aquél. Es decir que una vez que el particular conoce el acto (porque le ha sido notificado o publicado en el Diario Oficial) tiene solamente diez días para recurrir a él y si ha sido dictado por una autoridad que está por debajo de otra debe interponer subsidiariamente el recurso jerárquico. Subsidiariamente quiere decir conjuntamente, en el mismo momento, un recurso supletorio del otro, es decir el jerárquico, para el caso de que el de revocación o revisión no sea aceptado.

Lo esencial de todo esto, es que si no se cumplen estos primeros pasos y dentro de la forma prevista (dentro de los diez días y subsidiariamente) se pierde todo derecho, inclusive el más importante de pedir la anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Porque, para llegar a éste, hay que, previamente, "agotar la vía administrativa", lo que significa interponer todos los recursos respetando las formas previstas y dentro de la propia Administración.

La Constitución de 1952 puso en marcha el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este fue creado en nuestro Derecho por la Carta de 1934, pero al no dictarse la ley reglamentaria, nunca entró en funcionamiento. La Constitución de 1952 previó, que mientras no se dictara la ley reglamentaria funcionaría de determinada manera, por lo que de inmediato entró en vigor. Luego se dictó la ley reglamentaria.

Nuestro Tribunal integrado por cinco miembros es nombrado por la Asamblea General. Es un organismo aparte, que no está dentro de la órbita de ninguno de los otros Poderes.

Su competencia está prevista por el artículo 309. Puede anular los actos de la Administración, "contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder". La primera es una expresión bastante feliz para indicar cualquier incorrección o antijuridicidad. Decir "contrario a una regla de Derecho" importa tanto como decir que atenta contra la jerarquía de las normas, que sea dictado por un órgano incompetente, que no cumpla con el proceso formal necesario, que vaya contra la Constitución, la ley, el decreto, etc.

Más difícil es explicar la expresión "desviación de poder". Se trata, en este caso, de actos que, en lo exterior, están de acuerdo con el Derecho, cumplen sus preceptos, no son ilegales ni inconstitucionales (aparentemente). En cambio, en el fondo, son actos en los cuales el poder del órgano que los ha dictado ha sido mal empleado (desviado); es el caso de un funcionario a quien se le hace un sumario con cualquier pretexto (faltas, incumplimiento de sus deberes, errores, etc.), pero en el fondo se le quiere destituir por ideas filosóficas, políticas o religiosas. Este acto, correcto en apariencia, tiene un fondo ilícito y por ello el Tribunal también lo podrá anular. En este caso se ha usado el poder no para un fin que corresponde a aquel para el cual se otorga el derecho, sino por una razón incorrecta (desviación del poder).

La Constitución es clara en el sentido de que el Tribunal puede anular no sólo los actos del gobierno central (Poder Ejecutivo, Administración Central), sino también los de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Como en el caso de la inconstitucionalidad, el acto sólo podrá ser impugnado por el titular de un derecho subjetivo lesionado que tenga un interés directo, personal y legítimo. Es decir, que se tratará, como ya vimos, de anular un acto concreto o que perjudique un derecho determinado.

Nuestra Constitución, luego de una importante polémica y frente al problema que mencionamos antes, se inclinó por darle al Tribunal competencia solamente para anular un acto. Entonces no puede reformarlo, no puede dictar un acto en lugar del anulado. Si dictamina que el concurso ha sido mal fallado y anula el nombramiento, por ello no podrá en su lugar nombrar otro funcionario. Si se anula el acto o se reserva la acción, cabe reclamar la indemnización ante la Justicia ordinaria [9].

CONSTITUCION

Concepto. Historia

Se llama Constitución al conjunto de normas fundamentales que establecen la organización política de un país. El Estado como todo grupo permanente, dice Jellinek, tiene necesidad de un estatuto. Es conforme a este estatuto que se organiza, que se forma su voluntad, es él quien fijará los límites de la esfera de acción del grupo y que regulará las relaciones de sus miembros entre sí y sobre todo con el grupo mismo. La palabra Constitución se emplea, pues, en el mismo sentido en que se habla de constitución de un edificio, refiriéndose a la estructura o al esqueleto del grupo, a las normas que regulan su organización.

Generalmente, como para la ley, hay un concepto formal y otro material.

–Por Constitución en sentido *formal* se entiende el conjunto de normas superiores, que ocupan el primer grado en la escala jerárquica y que, por consiguiente, no pueden ser modificadas por el legislador ordinario. Estas normas superiores tienen un procedimiento de elaboración especial, son formuladas por el Poder Constituyente (una Asamblea especial, o el pueblo en plebiscito, etc.). Por eso, formalmente, son distintas a las demás normas jurídicas.

Constitución en sentido *material* es el conjunto de normas cuyo contenido consiste en disponer la organización de un Estado. En este sentido, generalmente, se distinguen en la Constitución dos partes: la *orgánica* que es la estructura del Estado, estableciendo cuáles son sus

(9) Esta era la opinión más aceptada por la doctrina, pese a discrepancias. Más ampliamente: E. SAYAGUES LASO, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*; A. MENDEZ, *El contencioso de anulación en el Derecho uruguayo*, págs. 61 y sigts.; H. GIORGI, *El contencioso administrativo de anulación*, págs. 84 y sigts.

órganos, dispone las relaciones entre los diversos Poderes y su funcionamiento; y la parte *dogmática*, constituida por las declaraciones de derechos individuales contenidas en las constituciones. Es ésta la materia constitucional. Debemos señalar que la primera parte es esencial, la segunda contingente. Como la Constitución está por encima de la posibilidad de derogación del legislador ordinario, se suelen colocar en ella los derechos individuales fundamentales, así como otros principios que hay interés en establecer en forma definitiva, por ejemplo, en nuestra Constitución los principios fundamentales de la representación y el sufragio: representación proporcional, sufragio universal, secreto, obligatorio, etc.

Esa noción de Constitución en sentido material es muy antigua, ya la conocían los griegos. La definía Aristóteles como "el orden relativo a los poderes del Estado". En Roma también se distinguían las leyes constitucionales de las ordinarias, pues las primeras se modificaban por un cuerpo de magistrados especiales que formaban algo así como el Poder Constituyente. Pero nunca, en el Derecho antiguo, se reunieron en un *codex* especial, ni en ningún cuerpo conjunto todas estas disposiciones; más bien la diferencia radicaba en el contenido de esas disposiciones.

Algunos autores señalan que la Constitución en sentido formal habría surgido de las cartas que los señores feudales otorgaron en la Edad Media -en el siglo VI- a las corporaciones y ciudades. En dichas cartas se establecían los respectivos derechos que les concedía el señor a esas entidades vasallas y aún antes. Roma otorgaba a los países vencidos ciertos derechos por medio de las "*leyes datae*".

Posteriormente, en Inglaterra, los puritanos, tomando como ejemplo la doctrina de Calvino, que hablaba de un contrato entre Dios y su comunidad y transportándola al Estado, sostienen que este último tenía su base en un contrato (*Convenant*) celebrado entre todos los integrantes de la sociedad. Cuando emigran a América los colonos ingleses, celebran, por medio de una carta de Constitución, un contrato. Esas cartas (*Orders*) se divulgan y en ellas está el verdadero origen de las constituciones formales. Cuando se declara la Independencia, siguiendo el modelo de las colonias, se establecen en una Carta fundamental la organización de la confederación y los derechos fundamentales del Estado (1776). Después, al organizarse el Estado Federal, en 1778, se sanciona la Constitución de los Estados Unidos. Luego, con ese modelo, los revolucionarios franceses hacen las sucesivas Constituciones que tuvieron desde 1791 y cuando nacen los países de América a la vida independiente siguen el mismo camino.

En la época moderna, casi todos los Estados tienen una Constitución en sentido formal, es decir un conjunto de normas que organizan el Estado, codificadas. Es excepcional el caso de Inglaterra, donde no hay Constitución en sentido formal. Solamente hay normas constitucionales por su contenido, es decir, porque se refieren a la estructuración del Estado y su gobierno. Pero esas normas pueden ser modificadas por el legislador común (así, durante este siglo, por sucesivos actos legislativos, se le fueron

quitando funciones a la Cámara de los Lores). Lo único que permite saber si se está en presencia de una norma constitucional o de una ley ordinaria, es la materia de que trata (una norma de desalojos será ley, una que se refiera a las facultades del Rey o los ministros será Constitución).

Clases de Constitución

Por su forma, las Constituciones se dividen en consuetudinarias y escritas y éstas, a su vez, pueden ser codificadas o no.

Una Constitución *consuetudinaria*, como su nombre lo indica, encuentra su expresión en la costumbre. Se trata de reglas no proclamadas por un legislador, ni escritas. La Constitución inglesa sería un ejemplo. En este país, salvo algunos documentos, que le darían el carácter más bien de mixta, (como la Carta Magna de 1215, el Bill de Habeas Corpus de 1679, el Bill de Derechos de 1689 y el Acta de Establecimiento de 1701) contiene todas normas consuetudinarias. Todo el sistema de gobierno parlamentario ingés es producto de la costumbre [10].

Una Constitución es escrita cuando sus disposiciones han sido redactadas por medio de la escritura. Generalmente, las constituciones escritas son codificadas, es decir que sus disposiciones están todas contenidas en un solo cuerpo orgánico. Pueden existir constituciones no *codificadas*, aunque ello sea más difícil. Un ejemplo de éstas sería nuestro régimen anterior a 1830 [11].

Las Constituciones, atendiendo los procedimientos establecidos para su reforma, se dividen en rígidas y flexibles [12].

(10) Refieren los autores, que cuando el advenimiento de los Hannover, como éstos no conocían el idioma inglés y dejaban el gobierno en manos de sus ministros, empezó a adquirir importancia el Gabinete, que hasta ese entonces funcionaba solamente como auxiliar del Monarca. El cargo de Primer Ministro, también por razones políticas circunstanciales, surgio lentamente. Los documentos ingleses de 55 años atrás no mencionaban oficialmente este cargo.

Naturalmente, que el caso excepcional de Inglaterra, es explicable por el tradicionalismo de ese pueblo. Parece más admisible que en otro país se violen las disposiciones constitucionales, a pesar de estar escritas, que en ésta, donde no existen mas que en la costumbre. Sin embargo hay una evolución tanto en materia constitucional, como legal, hacia la admisión de reglas escritas.

(11) Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA sostiene y demuestra que en nuestro país, antes de 1830, fecha en que se aprobó la primer Constitución codificada, existían una serie de disposiciones, que ordena y estudia, que constituían una verdadera Constitución no codificada. (*La primera constitución de nuestro Estado*, Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, Nº 67, págs. 65 a 70).

(12) Según BADO HAMILTON sería BRYCE el autor de esta clasificación (Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, t. I, pág. 113).

Constitución *rígida* es la que necesita para su modificación la intervención de órganos especiales (Poder Constituyente), o la realización de procedimientos especiales por los órganos ordinarios. Por eso, hay una dificultad para su modificación o es más estable, más "rígida". Una Constitución rígida puede serlo más o menos, según las dificultades y formalidades que existan para su reforma (veremos esto al comparar la Constitución nuestra de 1830 con la actual de 1967).

Constitución *flexible* es aquella que puede ser modificada por los órganos que ejercen ordinariamente la función legislativa y por el mismo procedimiento de la ley ordinaria. Es el caso ya citado de Inglaterra, donde el legislador ordinario modifica las normas de contenido constitucional (facultades de los poderes, estatuto electoral, etc.) de igual modo que cualquier otra ley. En estos países de Constitución flexible, la única diferencia que subsiste, con la ley ordinaria, es el contenido de las normas. Pero no hay una supremacía, por lo menos desde el punto de vista jurídico, de la Constitución sobre la ley [13].

La mayoría de los países tienen actualmente Constituciones rígidas. Para modificarlas deben seguirse los procedimientos que en ellas se indican y no se pueden apartar de ellos, sin violar el orden jurídico. Las propias autoridades, el propio Estado, está sometido al orden constitucional que él dicta.

Dentro del Estado de Derecho el orden jurídico tiene primacía absoluta. El propio pueblo cuando desea reformar la Constitución debe ajustarse a los procedimientos establecidos por el orden jurídico vigente [14].

(13) BARTHELEMY señala que la supremacía de la Constitución flexible igual existe, aunque es sólo de carácter político. En razón de la importancia de dichas reglas el legislador dudará antes de modificarlas. Pero dice este autor que "la forma escrita hace resaltar mejor la supremacía... y el carácter rígido la conduce al máximum... pues a esa superioridad política se agrega entonces la superioridad jurídica, que dará lugar... a la prohibición de modificar la Constitución por leyes ordinarias y al recurso de inconstitucionalidad de las leyes" (BARTHELEMY et DUEZ, *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1939, págs. 186-187).

(14) Este problema es muy complejo y se ha debatido largamente. Una teoría -ya sostenida por SIEYES- expresaba que las normas que regían la reforma constitucional sólo obligaban a los legisladores, pero no al pueblo, quien tiene el derecho innato de darse la Constitución que desee, en forma originaria, sin necesidad de ser reconocido por ningún texto.

Aunque nosotros hemos sostenido que el Derecho reposa, en último término, en el asentimiento del grupo social al cual rige, no por eso dejamos de compartir la teoría más difundida de que, solamente puede reformarse la Constitución por las vías jurídicas preestablecidas. Es de esencia del régimen democrático que sea el pueblo quien gobierna, pero ese pueblo -cuya opinión nunca es unánime- debe decidir dentro de los carriles del Derecho para no ser arbitrario.

Nuestras Constituciones. Procedimientos de reforma. Formación de las leyes constitucionales

Año 1830

Generalmente se cita, como nuestra primer Constitución la de 1830. Es, indudablemente la primera codificada, redactada oficialmente y jurada con formalidad.

Sin embargo, hemos admitido que, desde nuestra Independencia hasta ese año, existió en nuestro país una Constitución no codificada, esto es, una serie de normas de contenido constitucional, que regularon la organización del Estado (ver nota N° 13).

La Constitución de 1830 fue confeccionada por una Asamblea Constituyente. Fue una Constitución escrita y codificada, como todas las posteriores.

Fue además, una Constitución rígida, de una rigidez extrema. El sistema de reforma era muy pesado: se necesitaba la concurrencia de tres legislaturas para cambiarla. Una primera, que declaraba necesaria la revisión de la Constitución, una segunda, que realizaba las reformas y una tercera, que las ratificaba. Bastaba que una de estas legislaturas no estuviera de acuerdo para que quedara sin efecto. Era un procedimiento complejo y largo [15].

Solamente, si hubiera una absoluta imposibilidad de reformar la Constitución -lo que es inconcebible en una organización democrática- tendría alguna justificación, actualmente, la teoría de SIEYES. Además cuando ella se aplica ¿quién interpreta el sentido del pueblo? En nuestro país esa teoría fue invocada en el año 1933 para hacer una Constitución fuera de las normas jurídicas que preveía la vigente.

En los hechos, hace menos daño mantener una Constitución mala o regular, pero obtenida por procedimientos jurídicos, que echarla abajo por procedimientos violatorios de la norma legal, para sustituirla por una mejor.

(15) Suponiendo el caso más favorable se necesitaban, como tiempo, más de cuatro años pensando que la primer legislatura al final de su mandato considerara útil la reforma y que la tercera la ratificara al principio. Siempre tenía que transcurrir entero el segundo período legislativo, el del medio.

Además los artículos constitucionales establecen toda clase de restricciones: mayorías especiales que si no se lograban quedaba la reforma sin efecto y no podía iniciarse hasta la legislatura siguiente.

Eran los artículos 153 a 159 de la Constitución. Este último decía que la forma constitucional de la República no podía variarse sino en una grande Asamblea General, pareciendo admitir que para realizar una reforma referente a la forma general de organización de gobierno, existía una mayor libertad.

Año 1917

Siguiendo el procedimiento constitucional se pasó a la Constitución de 1917. Primero, se modificó el procedimiento de reforma y luego, con el nuevo sistema implantado, se aprobó la Constitución de 1917 [16].

Esta Constitución, también rígida, estableció un procedimiento un poco menos lento para la reforma, pero sin introducir ninguna modificación sustancial: en vez de tres legislaturas se necesitan dos, la primera que entendiera que había que reformar la Constitución e hiciera enmiendas, la segunda para aprobarlas (artículos 177 y 178).

Año 1934 hasta 1967

En 1933 se rompió con el orden constitucional mantenido desde hacía cien años y se hizo la nueva Constitución por un procedimiento especial, al margen del establecido. Para ello se nombró -por decreto del Jefe de gobierno- una Asamblea que hizo la Constitución, la que fue sometida a plebiscito.

Esta Constitución de 1934 modificó sustancialmente los procedimientos de reforma: estableció la iniciativa en la materia, admitió la reforma por 2/5 de la Asamblea General, ambas debiendo ser aprobadas por plebiscito popular. Además estableció la posibilidad de reformar la Constitución por leyes constitucionales. Pero estos procedimientos los estudiaremos al considerar la Constitución vigente señalando las diferencias.

Esta Constitución sufrió pequeñas reformas en 1936 y 1938 por medio de leyes constitucionales.

En 1942 volvió a romperse el orden jurídico constitucional y se realizó otra Constitución -fuera de las normas previstas- aprobada por Decreto-ley del Poder Ejecutivo y confeccionada por un Consejo de Estado, la que fue ratificada también por un plebiscito popular.

En 1951, siguiendo uno de los procedimientos de reforma previstos por la Constitución, se confeccionó la Constitución de 1952.

Año 1967

En 1966 siguiendo, también, uno de los procedimientos previstos en la propia Constitución se confeccionó la Carta vigente.

---

(16) En 1907 comenzó el procedimiento que terminó en 1912. Se aprobó el nuevo procedimiento de reforma. La Constitución podía reformarse, previa declaración de la necesidad de la modificación por los 2/3 de ambas Cámaras por medio de una Convención Nacional Constituyente que realizaría el proyecto, el cual sería sometido a plebiscito.

En ésta se establecen los siguientes procedimientos de reforma: artículo 331 (idénticos a los de 1942 y 1952).

A) Primer procedimiento: proyecto presentado por el 10% de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico a la Asamblea General, la que debe someterlo a plebiscito popular en la primera elección próxima. La Asamblea puede presentar otro proyecto al plebiscito, pero no puede modificar el del pueblo. (este sistema ya fue creado desde 1934, pero se exigía el 20%).

Este procedimiento fue el usado para aprobar la Constitución actual, aprobándose el proyecto de la Asamblea.

Este procedimiento de proyecto de reforma presentado por el 10% de los ciudadanos inscriptos, fue usado en las propuestas de reforma constitucional de la enseñanza y de la seguridad social, plebiscitadas el 27 de noviembre de 1994, en ocasión de la última elección nacional.

B) Segundo procedimiento: proyecto presentado por los 2/5 de la Asamblea General y sometido a plebiscito en la elección próxima.

En estos casos el plebiscito, para ser aprobatorio, debe reunir la mayoría absoluta de los ciudadanos que concurran a votar, la que debe representar, por lo menos, el 35% de los inscriptos [17]. (Este sistema ya existía en 1934).

C) Tercer procedimiento: proyecto iniciado igual que la ley ordinaria (Ejecutivo, Senadores o Representantes). Aprobado el proyecto por mayoría absoluta en la Asamblea General, el Poder Ejecutivo convoca a elecciones de Asamblea Nacional Constituyente (doble número de diputados y senadores), la cual tendrá un año para aprobar la reforma, o realizar otra. Luego, el proyecto o proyectos se someten a plebiscito en una elección especial.

(17) Esta exigencia doble tiende a resolver un problema existente en nuestro Derecho y que dio lugar a un debate político apasionado cuando se aprobó la Constitución de 1917. Como la ley de 1912 no decía nada se discutió si la mayoría exigida era la de votantes o la de inscriptos. A favor de aquella solución se decía que no podía computarse contra la Constitución los votos de los indiferentes o los de quienes ocupaban el padrón electoral por sus imperfecciones (muertos a quienes no se habían excluido, etc.). A favor de la segunda solución se decía que la Constitución para tener el apoyo popular verdadero debía contar con la mayoría del electorado.

Actualmente se exigen las dos mayorías: la absoluta de votantes, cosa lógica, pues la Constitución debe ser aprobada por los que sufragan; y el 35% de los inscriptos. No se ha exigido, pues, la mayoría de éstos y es, también, bastante razonable, pues hay siempre un porcentaje de abstención debido, no a que desaprueben el acto, sino a diversas razones (ignorancia, indiferencia, etc.). Así, pues, cuando hay 1:000.000 de inscriptos y votan 600.000 no bastan con 300.001 votos, pues así sólo se logra la mayoría absoluta de votantes, es necesario que voten 350.000 por sí, por lo menos.

También se requiere mayoría de votantes y 35% de inscriptos.

Es presumible que este procedimiento mucho más complejo que los otros tres, nunca sea usado.

D) Cuarto procedimiento: leyes constitucionales. Son leyes casi iguales a las ordinarias por su forma, pues las hace el Poder Legislativo (con mayoría especial, 2/3 de cada Cámara). Son constitucionales principalmente por su contenido. En la forma hay pequeñas diferencias: la mayoría especial, el hecho de que no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo.

Deben ser sometidas a plebiscito -en una elección especial- y basta para su aprobación la mayoría absoluta de votantes (no se exige el 35% de los inscriptos) [18]. Este procedimiento hace a nuestra Constitución mucho menos rígida. (En 1934 cuando la ley constitucional entraba en vigencia de inmediato, antes del plebiscito, el cual realizado en la próxima elección ratificaba o rectificaba esa ley, estábamos casi en un sistema de Constitución flexible. Luego se estableció como previa la exigencia del plebiscito).

Este procedimiento fue el que se siguió para realizar la reforma de 1951.

Este procedimiento fue también el que se siguió para la reforma constitucional propuesta a mediados de 1994, que incluía, entre otras, la posibilidad del voto cruzado y la remuneración para los cargos de ediles de las Juntas Departamentales, reforma que fuera rechazada por la ciudadanía en el plebiscito del 27 de agosto de 1994.

Debemos notar que todos los procedimientos actuales tienen como última etapa el plebiscito popular imprescindible para la aprobación constitucional.

El golpe de Estado de 1973, los Actos Institucionales y su derogación. Los decretos leyes

En 1973 se produce un hecho que ya determina una ruptura del orden institucional: las fuerzas armadas desconocen la autoridad del Ministro; en junio el Presidente cede a su presión y disuelve el Poder Legislativo y nombra por decreto un Consejo de Estado.

(18) En este caso se hace excepción a la exigencia del 35% de los inscriptos, bastando para aprobarse la Constitución la mayoría absoluta de votantes, pudiendo ser aceptada por un porcentaje muy inferior al establecido en los otros casos. Por ejemplo la Constitución de 1952 se aprobó por un porcentaje de alrededor del 20% de los inscriptos.

La razón de la excepción es que la ley constitucional ya viene aprobada por los 2/3 de cada Cámara, que es una gran mayoría. Y esas Cámaras han sido elegidas popularmente en representación proporcional. Es de presumirse, lógicamente, que cuente con gran adhesión.

De allí hasta 1984 existe un gobierno de facto (cívico-militar) y, en desconocimiento de la institucionalidad y la Constitución (pese a que no se la deroga) el Poder Ejecutivo dicta normas llamados Actos (Actas) Institucionales que inclusive modifican la Constitución (de la 1 a la 19).

Esta nueva institucionalidad y todas las leyes que se dictan por el Consejo de Estado -que siguió ejerciendo el Poder Legislativo- es sustituida por virtud de acuerdo que permite la salida democrática previendo la derogación de las Actas si no se ratifican por una Asamblea Constituyente (que no funcionó). A su vez el Parlamento democrático por ley 15.738, de 1985, deroga varios de esos decretos leyes y leyes especiales declarando su nulidad absoluta. Otras las mantiene vigentes y quedan con el nombre de decretos leyes, pues fueron dictadas spor el Poder Ejecutivo (y son leyes en sentido material). Es decir que las leyes en este período se citan con su mismo número y fecha (de promulgación) pero bajo el nombre de decreto-ley.

LA LEY ORDINARIA

Concepto de ley

La palabra *ley* tiene diversos sentidos. Filosóficamente significa una relación permanente entre ciertos fenómenos. En sentido jurídico es una fuente de Derecho, una forma de manifestarse la norma jurídica. Se la define como toda norma de carácter obligatorio general y abstracta dictada por el legislador.

La ley es la forma habitual de expresar la voluntad del legislador. Pero la actividad del órgano legislativo es múltiple y compleja; a veces se manifiesta dictando normas de carácter general y abstracto, pero otras el legislador toma medidas de otro carácter: aprueba el presupuesto, fija el contingente de la armada, autoriza los empréstitos, acuerda honores fúnebres a una personalidad o establece una pensión graciable para el heredero de un servidor de la Patria. Se trata de actos particulares y no generales, por lo cual los autores están de acuerdo en que la palabra "ley" se aplica mal a estas situaciones cuyo contenido no es una norma jurídica. Se trata de actos del Poder Legislativo que se presentan bajo forma de leyes. Tienen, de la ley, sólo el elemento formal, les falta el contenido. Según Sayagués Laso, éste sería el criterio de "ley" de acuerdo con nuestra Constitución [19].

Por oposición a estos actos, existen normas que tienen el contenido de leyes y carecen de la forma (dictadas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Poder Ejecutivo de acuerdo al procedimiento previsto por la Constitución). Así los decretos que dictan las Juntas Departamentales, son normas jurídicas abstractas y generales, es decir, leyes por su contenido, cuya única diferencia con las otras es que se aplican al ámbito municipal.

(19) Tratado de Derecho administrativo. Montevideo, 1952, tomo I, págs. 92 y sigts.

En sentido amplio se habla también de ley constitucional, pues las normas de la Constitución integran también el concepto de "legislación" como lo integra un reglamento del Poder Ejecutivo. Estas serían "leyes" desde el punto de vista *material* solamente.

Para que haya ley en su verdadero sentido, es necesario que existan ambos elementos: el formal, esto es, que el proceso por el cual se crea la norma sea el que establece la Constitución para la formación de la ley, pasando por la sanción del Poder Legislativo; y el material, esto es, que se trate de una norma jurídica con sus caracteres específicos.

La ley en sentido estricto puede definirse, pues, como la norma jurídica dictada por la autoridad del Estado que según la Constitución tiene ese cometido específico y que, en nuestro Derecho, es el Poder Legislativo.

Los caracteres de la ley, en virtud del contenido de ésta, son los mismos que los de la norma jurídica. Por eso se dice que es obligatoria, general, abstracta y permanente. No haremos el estudio de ellos, remitiéndonos a lo dicho anteriormente. Sólo debemos señalar que la generalidad no significa que deba referirse a todos, sino a quienes se encuentran en la situación prevista por la propia ley (los menores, los propietarios de bienes mayores de $ 50.000, los incapaces...), pero excluye los actos particulares, dictados para personas concretas, (pensión graciable para Juan Pérez, etc.) y que la permanencia es relativa, no significa perennidad. La permanencia está dada por la propia generalidad, puesto que la ley no se hace para una situación particular, no se agota en una sola aplicación, sino que sobrevive a ella, permanece, aunque pueda ser derogada en cualquier otro momento por otra ley.

Formación de la ley

La ley, en su formación, atraviesa por distintas etapas. En la actualidad todas ellas corresponden a actividades del Estado, pues éste tiene el monopolio de la legislación, a diferencia de lo que sucedía en otras épocas en las cuales algunas instituciones -como la Iglesia, por ejemplo- podían dictar leyes.

De acuerdo al principio de Separación de Poderes, sobre el cual se organiza el Estado, la confección de la ley le está encomendada a un poder especializado en esa función: el Poder Legislativo. El es quien hace y deroga las leyes.

Pero también, de acuerdo a la forma de estar organizada esta separación, no de manera absoluta, sino relativa, hay una parte importante de la formación de la ley en la cual interviene el Poder Ejecutivo. Además, el Poder Judicial tiene la facultad de declarar las leyes inconstitucionales.

Las etapas de la formación de la ley son: la iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación.

Iniciativa

La iniciativa o proposición consiste en la facultad de presentar al Poder Legislativo un proyecto de ley. Según los distintos regímenes este derecho puede tenerlo el propio Poder Legislativo exclusivamente o el Poder Ejecutivo o ambos cuerpos o el pueblo.

En la antigua Roma Republicana esta facultad se extendía al pueblo el que, reunido en los Comicios proponía las leyes y las aprobaba (discusión y sanción). En Francia, durante el Segundo Imperio, la iniciativa pertenecía exclusivamente al Poder Ejecutivo, cuya autoridad fuerte, era la nota característica del régimen. En cambio, en la Constitución de 1791, se le atribuía solamente al Poder Legislativo.

Se ha señalado en la doctrina la conveniencia de atribuirle también la facultad de proposición al Poder Judicial, cuyo continuo contacto con las leyes y las situaciones jurídicas, lo colocan en una posición muy ventajosa para ejercerla en forma útil.

En nuestro país la iniciativa pertenece al Poder Legislativo y Ejecutivo indistintamente. El artículo 133 dice que "todo proyecto de ley puede tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras a consecuencia de proposiciones hechas por cualquiera de sus miembros o por el Poder Ejecutivo por intermedio de sus Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 85 y artículo 86". Estos artículos establecen casos en los cuales la iniciativa pertenece *exclusivamente* al Poder Ejecutivo, lo que configura una excepción, pues en todos los demás casos la iniciativa puede partir de cualquiera de los dos Poderes. Esas excepciones son "la Deuda Pública" y "la creación de empleos, aumentos de dotaciones o retiros, asignación y aumento de pensiones y recompensas pecuniarias", en los cuales la iniciativa, dice la Constitución, pertenecerá privativamente al Poder Ejecutivo. Se trata todos de casos en los cuales se aumentan los gastos del Estado y se ha pensado que el Ejecutivo, que es el administrador y el que los paga, realizará una política de mayor contención.

La Constitución de 1967 establece, también, la iniciativa privativa del Poder Ejecutivo para los proyectos de ley que determinen "exoneraciones tributarias o que fijen salarios mínimos o precios de adquisición a los productos o bienes...". Es decir, que se limitan las atribuciones del Parlamento en lo que se refiere a este tipo de leyes, para evitar que su tendencia demagógica pueda determinar la aprobación de normas que en definitiva sean perjudiciales para el interés general de la comunidad. Y, en ese caso la iniciativa del Ejecutivo limita al Legislativo, pues establece que éste "no podrá aumentar las exoneraciones tributarias ni los mínimos propuestos por el Poder Ejecutivo para salarios y precios ni, tampoco, disminuir los precios máximos propuestos" (art. 133). En el artículo 86 se agrega: "modificaciones de causales, cómputos o beneficios jubilatorios".

Quiere decir que el derecho de iniciativa del Poder Ejecutivo es más

amplio; la tiene en todos los asuntos, mientras que el Legislativo la tiene en todos, menos en aquellos que acabamos de mencionar.

La Constitución de 1967 incorpora, entre sus novedades, el derecho de iniciativa popular en materia de legislación, que antes solamente existía en lo referente a las reformas constitucionales (art. 331 inc. A) y para las leyes departamentales (art. 30).

El artículo 79 inciso 2º introduce, en efecto, el derecho de iniciativa por el 25% de los inscriptos habilitados para votar y también el recurso de referéndum contra las leyes para solicitar la derogación mediante una votación popular. Estos dos derechos populares, dice la Constitución, no se aplican ni a las leyes que establezcan tributos ni a aquellas en que el Ejecutivo tiene iniciativa privativa.

Recurso de Referendum contra las leyes

La Ley Nº 16.017 del 20 de enero de 1989, que modificó algunos aspectos de la ley de elecciones y reglamentó la obligatoriedad del voto (Unidad VIII), reglamentó también el Recurso de Referendum contra las leyes. Estableció que dicho recurso se interpondrá directamente ante la Cortre Electoral, contra toda ley, o parte de ella, dentro del año de su promulgación. El procedimiento del Recurso comienza con una solicitud a la Corte Electoral que debe ser firmada, al menos, por el 5 por 1.000 de los inscriptos habilitados para votar, y presentada dentro de los 180 días siguientes a la promulgación de la ley.

Verificado el cumplimiento de los requisitos, la Corte Electoral debe convocar, entre los 60 y 90 días siguientes, a quienes deseen adherir al Recurso. La manifestación de adhesión se realiza en forma secreta, de modo similar a un acto eleccionario. Para que el procedimiento continúe deben adherir al Recurso, como mínimo, el 25% de los inscriptos habilitados para votar. Se establece, para el caso de no alcanzarse ese porcentaje, una nueva convocatoria con el mismo fin. Si en ninguna de las dos ocasiones se alcanza el 25%, el Recurso queda desechado. Si, por el contrario, en alguna de ellas, se alcanza el 25%, la Corte Electoral, dentro de los 120 días, convoca a Referendum mediante voto secreto y obligatorio. En el Referendum los votantes se pronunciarán por "sí" o por "no", según estén a favor o en contra del Recurso. Para que el Recurso tenga éxito, y la ley sea derogada, deben votar por "sí" más de la mitad de los votos válidos emitidos. El voto en blanco se considera voto por "no". Se aclara que la interposición del Recurso no tiene efecto suspensivo sobre la ley que se pretende derogar.

El Poder Judicial, en cambio y lamentablemente, no tiene iniciativa en esta materia, facultándosele solamente para poner en conocimiento del Poder Legislativo las dudas y vacíos que surjan en la aplicación de la ley.

Discusión

Esta etapa consiste en el estudio de la ley y su consideración, pertenciendo exclusivamente al Poder Legislativo

En nuestro país la ley primeramente es considerada por una Comisión en la respectiva Cámara y elevada a estudio de ésta con un informe. En la Cámara se realizan dos discusiones, la general, después de la cual se aprueba el proyecto en su totalidad y la particular, que consiste en el estudio de cada artículo por separado.

La ley se discute y se aprueba por una Cámara -cualquiera de ellas, en la cual se ha iniciado- y luego en la otra.

Sanción

La sanción es la aprobación del proyecto de ley. Por virtud de la sanción el proyecto se convierte en ley.

En los regímenes monárquicos la sanción era un acto por el cual el Rey daba fuerza de ley a las disposiciones del Parlamento. Todavía en Inglaterra de hoy, se emplea la fórmula de los Reyes normandos "el rey le veult". En realidad es explicable que se trate de una función del monarca cuando éste, al principio, tenía en sí toda la función legislativa.

Pero fuera de las monarquías, la sanción es un acto esencialmente legislativo. A pesar de ello, creemos que en nuestro Derecho interviene, en esta etapa, el Poder Ejecutivo, a través del instituto del veto.

La ley, para estar aprobada por el Poder Legislativo, necesita el acuerdo de las dos Cámaras. Cuando una Cámara aprueba la ley, la envía a la otra (art. 134). Esta puede aprobarla tal como viene (art. 136), con lo cual queda terminado el proceso legislativo, puede rechazarla totalmente (art. 142), o puede hacerle adiciones u observaciones (art. 135). En el segundo caso, el del rechazo, se trata de desechar totalmente el proyecto (como si se proyectara el impuesto a la renta y la segunda Cámara considerara que no debe prosperar ningún impuesto de esta clase) y entonces el proyecto queda sin efecto, no pudiendo ser presentado hasta el siguiente período de la Legislatura, (es decir, hasta que se inicien nuevamente las próximas sesiones ordinarias de la misma Legislatura). El tercer caso -observaciones o adiciones- da lugar a un nuevo estudio por la primera Cámara, la cual puede aceptarlas, en cuyo caso también se logra el acuerdo, pero puede insistir en su primer posición. En este caso está planteada la oposición entre ambas Cámaras, la cual se resuelve convocando -a pedido de la primera Cámara, que no acepta las adiciones- a la Asamblea General, en la cual, por 2/3 de sufragios, se resolverá, pudiéndose, inclusive, aprobar un proyecto nuevo (art. 135).

Esta última solución se ha adoptado para impedir que la discrepancia

entre las dos Cámaras pueda obstaculizar la aprobación de una ley necesaria -pues se trata de un caso en que hay acuerdo en el fondo y discrepancia en los detalles- aunque algunos autores señalan que, de ese modo, desaparecen las ventajas del bicameralismo. En efecto, si la Asamblea, en la sesión, aprueba un nuevo proyecto -que ponga de acuerdo a las dos ramas- ya se ha perdido la posibilidad del meditado estudio y la etapa en la cual puede participar la opinión pública dando su parecer sobre el proyecto, mientras pasa de una Cámara a la otra.

Luego de aprobado el proyecto por el Legislativo, pasa al Poder Ejecutivo, el cual puede avisar que no tiene reparos que oponerle (art. 143), o puede dejar transcurrir diez días sin objetarlo (art. 144). En ambos casos queda sancionado. Pero puede también vetarlo.

El veto es la facultad que se otorga al Poder Ejecutivo de oponerse a la sanción definitiva de la ley. Puede ser absoluto, cuando su efecto consiste en detener definitivamente la ley, como en los antiguos regímines de Ejecutivo fuerte, o suspensivo, cuando no hace mas que detener provisoriamente la aprobación de la ley, requiriendo un nuevo estudio por el Parlamento, cuya voluntad es siempre la que triunfa en definitiva.

En nuestro país el veto es suspensivo; su efecto consiste en devolver el proyecto a la Asamblea General, la cual podrá levantarlo por una mayoría especial (3/5 de presentes, art. 138). Quiere decir que, aunque siempre se impone la voluntad legislativa, este requerirá para su aprobación, una mayoría especial que, en algunos casos, podría no obtenerse a pesar de la primera aprobación de la ley. (Porque la mayoría de las leyes pueden aprobarse por mayoría simple o de presentes en la sesión).

Si la Asamblea General se conforma con el rechazo, acepta el veto, el proyecto no podrá volver a ser presentado hasta la siguiente Legislatura (nueva elección, art. 140) [20]. Si no trata el veto dentro de 60 días, se consideran aceptadas las observaciones del Poder Ejecutivo (art. 138, inc. 2°).

(20) A nuestro juicio la sanción, en nuestro Derecho, se obtiene con la aprobación del Poder Legislativo y Poder Ejecutivo a la vez, es decir con el acuerdo de voluntades de ambos poderes, con la salvedad de que la voluntad del Poder Ejecutivo pueda darse tácitamente -si deja pasar 10 días sin observaciones- o puede ser superada al levantarse el veto. Es decir, que de conformidad con lo expresado por la Constitución, la sanción de una ley se obtiene: 1) cuando el Poder Ejecutivo avise que no tiene reparo que oponer al proyecto. En ese caso dice el artículo 143, quedará "de hecho sancionado el proyecto", 2) cuando el Poder Ejecutivo deje pasar los diez días y en ese caso el proyecto "tendrá fuerza de ley" (art. 155); 3) cuando las Cámaras reunidas levanten el veto, es decir aprueban nuevamente el proyecto. Según la Constitución, ésta se tendrá por su "última sanción".

Proceso de la sanción de leyes de urgencia

La Constitución de 1967, de acuerdo con su tendencia de aumentar las facultades del Poder Ejecutivo, aun en detrimento de las del Legislativo y buscando un mecanismo más efectivo para la aprobación de las leyes que el Poder Ejecutivo considere indispensable para su gestión, estableció un régimen especial para la aprobación legislativa de aquellos proyectos de ley remitidos por el Ejecutivo "con declaratoria de urgente consideración" (art. 168 N° 7). En este caso los proyectos deben ser considerados por el Poder Legislativo dentro de determinados plazos y si en el transcurso de los mismos no se rechaza o se aprueba un proyecto sustitutivo, aquéllos, los enviados por el Poder Ejecutivo, quedan automáticamente aprobados. Es decir, que se transforma profundamente el régimen de aprobación de las leyes en estos casos especiales. Veamos cuál es el procedimiento.

Cuando el Poder Ejecutivo envía proyectos con declaratoria de urgente consideración, cada Cámara deberá considerar este proyecto dentro de un plazo de 45 días. Luego de los primeros treinta se convocará a la Cámara a sesión extraordinaria y vencidos los 15 siguientes, sin que el proyecto se rechace o se apruebe uno sustitutivo, se reputa aprobado en la forma como lo remitió el Ejecutivo y debe ser comunicado inmediatamente a la otra Cámara (art. 168, N° 7, inc. d).

La segunda Cámara tiene también el mismo plazo y en la misma forma. Si modifica el texto remitido por la otra Cámara vuelve a aquélla, quien dispone de un plazo de veinte días para su consideración, vencido el cual el proyecto se remite inmediatamente a la Asamblea General (inc. e). Esta tiene un plazo de veinte días para considerarlo y si éste vence sin pronunciamiento expreso se tendrá por sancionado el proyecto en la forma que lo votó la última Cámara que le prestó expresa aprobación (inc. f).

En estos momentos la ley queda sancionada, como se dice por la Constitución, es decir, el proyecto se convierte en ley. Se exige, pues, la intervención -expresa o tácita- de la voluntad del Poder Ejecutivo.

Esta opinión defendida por algunos autores nacionales, no es la de la mayoría, que cree que en nuestro régimen, como en otros países, la sanción es una etapa legislativa, quedando suspendida su efectividad, de impugnar el proyecto. Un amplio y documentado planteo de este problema, en nuestro Derecho, puede verse en el trabajo del doctor Alberto Ramón REAL, *El concepto de la sanción de la ley*, (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. I, N° 2, pág. 517, Montevideo, 1950). Este autor, a pesar de que hace un estudio objetivo de ambas posiciones, se inclina por la dominante, entendiendo que la Constitución da motivo para sostener la otra por virtud de algunas impresiciones técnicas en el manejo de los conceptos.

La última manifestación que conozco del problema es la reiteración de la opinión de los Fiscales de Gobierno, también en favor de la tesis dominante reseñada en *La Justicia Uruguaya*, t. 24, págs. 210 y siguientes, caso 3533.

Por ese mecanismo se espera dotar de mayor agilidad al Parlamento en la aprobación de aquellos proyectos que el Poder Ejecutivo considere fundamentales, ensayándose así un nuevo sistema con el que se espera superar la tremenda morosidad del Parlamento en los últimos años.

La Constitución limita un tanto esta nueva e importante facultad del Poder Ejecutivo al determinar: a) que no puede enviarse mas de un proyecto de ley con declaratoria de urgencia en forma simultánea (inc. a); b) que no pueden merecer esta calificación los proyectos de presupuestos, ni aquellos para cuya sanción se requiera el voto de los 3/5 o los 2/3 de los miembros de las Cámaras (inc. b); c) que cada Cámara por 3/5 de votos de sus componentes puede dejar sin efecto la declaratoria de urgencia (inc. c). Cabe recordar además, que el Parlamento puede rechazar el proyecto en forma total, en cuyo caso rige el régimen general de que no puede ser presentado hasta el siguiente período de la Legislatura (inc. g. art. 142) o aprobar un proyecto sustitutivo.

Promulgación

La promulgación es un acto por el cual la ley adquiere fuerza obligatoria para sus destinatarios. Es el acto por el cual el Poder Ejecutivo ordena cumplir con la ley. Por eso se habla del "cúmplase".

El artículo 1° del Código Civil dice que las leyes sólo son obligatorias en virtud de su promulgación por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, si este Poder deja transcurrir diez días desde que recibe el proyecto del Legislativo, éste "tiene fuerza de ley", puede reclamarse su cumplimiento (art. 144 de la Constitución).

La palabra promulgación viene del latín y significa hacer conocer (provulgare, divulgar) pero en Francia, después de la Revolución Francesa, se empezó a darle un sentido distinto al etimológico, concibiéndose la promulgación como el acto que dicta el Poder Ejecutivo ordenando el cumplimiento de la ley. En cambio, a la difusión de la ley se le llama, desde entonces, *publicación*.

En nuestro Derecho -según la Constitución actual- la promulgación es un acto del Poder Ejecutivo por el cual se manda a cumplir la ley y por el cual se usará la fórmula "El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, decretan"... El Poder Ejecutivo además dice "cúmplase, publíquese..." después de la ley, en el acto de promulgación.

Publicación

Consiste en publicar la ley para hacer que ella sea conocida por quienes va a regir. En puridad, es un momento posterior a la formación de la ley, pero la estudiamos aquí porque se considera una etapa imprescindible para que la ley obligue; aun cuando, antes de la publicación, la ley ya está formada.

En nuestro país, en el año 1905, se creó el Diario Oficial para publicar las leyes.

Estas dos últimas etapas que las estudiaremos separadamente, serán, según algunas opiniones, una sola. Se fundan en que la promulgación es un acto complejo, que consiste en mandar cumplir la ley y hacerla conocer, actividades inseparables. Además, la etimología de la palabra promulgación demostraría que en ella está incluida la publicación (divulgación) de la ley.

Entrada en vigor de la ley. La vocación legal

Una vez elaborada y publicada la ley entra en vigencia, esto es, adquiere obligatoriedad para todas las personas alcanzadas por el orden jurídico. Pero todos los Derechos, a efectos de permitir el conocimiento de la ley, establecen un plazo entre la terminación de la ley y su publicación, y la entrada en vigencia. Es decir, un plazo en el cual, a pesar de que la ley está formada y publicada, todavía no se aplica. Se llama plazo de vacación legal (*vacatio legis*).

Hay dos sistemas de vacación legal: el gradual y el uniforme. Por el primero la ley va siendo obligatoria en forma gradual, de acuerdo a las distancias. Es el sistema usado antiguamente, en los países más extensos y de comunicaciones dificultosas. Tiene el inconveniente de que, en un mismo país, unos se rigen por una ley y otros por otra, debiendo esperar los unos, para aplicar la ley, que llegue al plazo de cada lugar. El Código de Napoleón establecía que la ley se reputaba conocida en el lugar de promulgación y luego, en los demás, un día después, a razón de un día cada diez miriámetros.

En el sistema *uniforme* la ley entra en vigencia en todo el país el mismo día, después de un plazo común de vacación legal. Es el sistema más lógico, sobre todo actualmente, que los medios de comunicación (prensa, radio, T.V., fax, etc.), permiten la difusión simultánea de las noticias y no puede decirse, como antes, que la ley va marchando con los hombres. Este es nuestro sistema.

En nuestro Derecho dice el Código Civil que las leyes son obligatorias diez días después de promulgadas por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, luego de dicha etapa, viene la *publicación* que se realiza mediante la inserción de la ley en el Diario Oficial. Se entiende -luego de una gran polémica- que la obligatoriedad para el público en general (no para los órganos del Estado, que están obligados luego de la promulgación) sólo nace diez días después de publicada la ley.

"La ignorancia de las leyes no sirve de excusa"

Así dice el artículo 2 de nuestro Código Civil, precepto que se repite con redacción similar en casi todas las legislaciones.

Se suele llamar a este precepto "presunción de conocimiento de la ley", porque se dice que el legislador presume conocida la ley y por ello no admite la excusa del desconocimiento, ni acepta ninguna prueba en contrario. Sería una presunción absoluta (*juris e de jure*) (21).

En cuanto a su apreciación crítica, se ha dicho por algunos autores, que se trataría de una presunción falsa e injusta (22).

Dice un autor, señalando lo absurdo de presumir conocidas las leyes, que "las Universidades de allende la Mancha conceden a personajes de alcurnia o sabios reconocidos, aunque no sepan nada de la ciencia jurídica, el título honorífico y ficticio de doctores en Derecho. Por el aludido precepto los juristas hacen algo peor todavía, le reconocen, también ficticiamente, no a determinadas personas, sino a la población entera, sin distinción de capacidades ni situaciones, algo más que el título de doctor: el pleno conocimiento del Derecho positivo en la integridad de las disposiciones vigentes..." (23).

Lorenzo Carnelli (24) señala que se trata de una presunción que se mantiene a sabiendas de que es falsa. No hay ninguna duda, no solamente de que no todos pueden conocer el Derecho, sino que nadie puede conocer todas las disposiciones. Sin referirse a los analfabetos o a quienes no pueden estudiar el Derecho, basta pensar en la cantidad y la complejidad de la legislación actual, para que no quepa ninguna duda de que es inexacto suponer que todos conocen la ley.

Frente a lo que se considera una injusticia y un error, los autores de todas las épocas han tratado de proponer correctivos. Así algunos han pensado en dispensar del conocimiento de la ley a ciertas personas.

---

(21) El Derecho usa a menudo de presunciones, que según la definición de nuestro Código Civil son "consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido" art. 1600). En muchos casos el Derecho establece una presunción suponiendo que por suceder tal cosa debe admitirse tal otra. Estas presunciones pueden ser simples cuando es admitida la prueba en contrario, o absoluta. Así por ejemplo, la ley establece la presunción de verdad contenida en las sentencias atribuyéndoles la "cosa juzgada". Si el Juez, después de los trámites y en una sentencia definitiva -y no apelable- declara que tal persona es hija natural de tal otra, esa sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, se presume que lo que dice es verdad y no puede discutirse nunca más dicho aserto.

(22) Ver especialmente Lorenzo CARNELLI en las *Adiciones a la obra jurídica de Pablo de María*.

(23) Citado por CARNELLI, en *La obra jurídica de Pablo de María*.

(24) CARNELLI, *La obra jurídica de Pablo de María*.

La legislación española de las Partidas, eximía de dicha obligación a los locos, los guerreros, los labradores, etc. [25]

Otros propician diversos tipos de solución tendiente a facilitar el conocimiento de la ley, pidiendo que se reduzca su número, que el lenguaje se haga más popular y menos técnico, que se aclaren las disposiciones con una nota al pie de cada una o por personas dedicadas a vulgarizarlas y hay quien, como Menger, propone que los propios jueces se encarguen de esa tarea.

Hay quien considera que sería más justo admitir la prueba en contrario y permitir que, en ciertos casos, se alegara la ignorancia de la ley.

Pero todas esas soluciones son muy peligrosas, pues las que buscan divulgar el conocimiento de la ley, preconizan un imposible, especialmente a medida que la legislación se hace más técnica y más profusa; y los que reclaman admitir la prueba en contrario, nos colocan frente al tremendo riesgo de proporcionar una excusa a quienes pueden conocer la ley, o hacer indiferente su conocimiento.

En la realidad, las legislaciones modernas frente al problema, establecen, como nuestro Derecho, que la ignorancia de la ley en ningún caso sirve de excusa. Pero realmente, ¿es esto una presunción de conocimiento de la ley? Si lo fuera tendrían razón los que critican la norma. Pero en realidad no es así. El fundamento de la obligatoriedad no radica en que la ley se presuma conocida, sino en la necesidad social de que la ley impere igualmente sobre todos, sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas de conocimiento o ignorancia.

Para la existencia de un orden social de cierta seguridad y para fundar el propio respeto al orden jurídico, es necesario que exista esta disposición. Se conozcan o no las leyes, el Derecho debe obrar haciéndolas cumplir en todos los casos. Ya dijimos que la esencia del Derecho es crear la seguridad y el orden en las relaciones sociales y éste sólo está salvaguardado, si no se admite alegar la ignorancia de la ley. Vale más, para la seguridad general, aplicar la ley a quien tuvo todas las razones para ignorarlas, que admitir su incumplimiento en algún caso.

---

(25) Decía así la norma de las Partidas: "Señaladas personas son las que pueden excusar de non recibir la pena que las leyes mandan, magüer que no las entiendan ni las sepan al tiempo que yerran, haciendo contra ellas, así como el que fuese loco, de tal locura que non sabe lo que face. Eso mismo sucede con los menores de catorce y doce años y los menores de diez años y medio en ciertos delitos. Otrosí decimos que los caballeros que han de defender la tierra e conquerirla de los enemigos de la fe deben ser excusados por no entender las leyes... pero todas esas cosas se entienden siendo ellos en guerra... Eso mismo decimos de los labradores que labran la tierra moran en lugar do no hay poblados, o los pastores que andan con los ganados en los montes yermos...".

En conclusión: la ley obliga siempre, se conozca o no y no vale alegar, contra su observancia, ninguna excusa de desconocimiento. La razón de orden superior que impone el precepto, hace que éste no admita ninguna excepción.

CODIFICACION

Concepto. Historia

Un código es una ley que contiene un conjunto de normas, referentes todas a una misma materia, ordenadas y sistematizadas.

Codificar es reunir en Códigos las disposiciones vigentes de un Derecho positivo, sobre determinadas materias. Es la reducción a la unidad, de todas las normas vigentes en un momento histórico, en un pueblo, mediante la publicación de cuerpos de normas o códigos que recojan, modificando o invocando, todo el Derecho de un Estado o ramas del mismo [26].

Este fenómeno se produce tan frecuentemente en la historia de la cultura humana que podrá considerarse como una ley natural de la evolución jurídica. Las causas que provocan esa reducción son varias: la necesidad de orden y simplificación, la unificación política, la necesidad de introducir reformas luego de una revolución o cambio social, etcétera.

Así sucedió en la antigüedad cuando después de grandes perturbaciones en Grecia y Roma, la legislación salónica y la decemviral dieron al pueblo un cuerpo de leyes nuevas y cuando al final del ciclo evolutivo de Roma, Justiniano realizó su famosa compilación (año 529). Entre los bárbaros la reunión de disposiciones más famosas es el Fuero Jusgo. En el Derecho español medieval tiene fundamental importancia la Legislación de Partidas de Alfonso el Sabio (año 1280), que estuvo en vigencia en nuestro propio país, hasta que se realizó nuestra codificación.

Modernamente, el movimiento de codificación se inicia a fines del siglo XVIII, llegando hasta nuestros días, con los Códigos de Prusia, Francia y Austria.

Tiene particular importancia, por su influencia en nuestro régimen, la obra de codificación realizada en Francia después de la Revolución, que tiene su culminación en el Código Civil de 1804, modelo del nuestro y de la mayoría de los códigos americanos.

Napoleón se jactaba de esa obra que consideraba casi perfecta. Y en parte tenía razón: esa labor de los principales juristas reuniendo las

---

(26) DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, (págs. 101-102). GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Derecho*

disposiciones de Derecho civil en forma sistemática y creando muchas normas, se ha mantenido a través del tiempo, con pocas modificaciones.

La unidad legislativa francesa provocó un movimiento en Alemania en el mismo sentido. Thibaut escribió una obra titulada *"De la necesidad de un Derecho civil para toda Alemania"*. Y con ello nació una famosa polémica, pues Savigny, director de la escuela histórica, recogió el guante, objetando la codificación por su efecto de paralizar el desenvolvimiento espontáneo del Derecho.

A pesar de todo, triunfó la tendencia que defendía la codificación; el Código alemán se hizo y fue promulgado el 18 de abril de 1896. Posteriormente, en todos los países, se fue realizando la misma labor.

Ventajas e inconvenientes de la codificación

Para la escuela histórica la codificación detiene el progreso jurídico, pues encierra el Derecho en moldes escritos, difíciles de modificar. En efecto, la ley frente al Derecho consuetudinario, es más permanente, evoluciona más lentamente. Y todavía el Código inmoviliza más el Derecho que la ley. Un Código es una obra completa, no puede modificarse una parte sin variar su estructura.

En nuestro país existen viejos Códigos, algunos de ellos, como el de Comercio, totalmente fuera de época. Otros, como el Código Civil, que es de 1868, cuyas disposiciones van siendo interpretadas adaptándolas a los nuevos tiempos por la doctrina y la jurisprudencia. En los últimos veinte años se han aprobado en Uruguay varios Códigos (de Minería, Tributario, del Proceso Penal, y el Código General del Proceso, único aprobado en Democracia).

Es claro que nada impide que por una ley se modifique una parte del Código, pero esta tarea es peligrosa, pues hay muchos artículos que guardan cierta armonía entre sí y deben ser todos reformados. Por otra parte el Código adquiere un prestigio como unidad y hace más difícil su reforma parcial (como sucede con el Código de Napoleón).

Pero resulta indudable que, considerada en su conjunto, la codificación tiene mayores ventajas que inconvenientes. En primer lugar hay una ventaja política, ello produce la unidad de un país o por lo menos la consolida. Pero la ventaja fundamental es jurídica. En este aspecto la codificación significa ordenar, aclarar y precisar el Derecho. Por esta labor se ponen los preceptos jurídicos al alcance de quienes deben cumplirlos y aplicarlos. En nuestro país, a pesar de los inconvenientes que mencionamos del Código de Comercio, del Civil, etc., la experiencia nos hace reclamar, todavía, la codificación de materias en las cuales no se ha realizado. Así sucede con el derecho jubilatorio, con el derecho laboral, etc., en los cuales es muy difícil orientarse, hasta para los propios especialistas.

Por otra parte no debe admitirse de modo absoluto que la codificación inmovilice el Derecho; en nuestro país a pesar del prestigio del Código Civil y de la dificultad de hacerle retoques parciales, se han introducido importantes innovaciones como la ley de matrimonio civil obligatorio, el divorcio, el reconocimiento y los derechos para los hijos naturales, la ley de derechos civiles de la mujer, la de legitimación adoptiva, etc.

La codificación en nuestro Derecho

Desde mediados del siglo pasado se reclamó en nuestro país la realización de la codificación. Desde 1850, el doctor Eduardo Acevedo propició esta tarea y preparó un proyecto de Código de Comercio, el que realizado en colaboración con Vélez Sársfield, fue puesto en vigencia en la Provincia de Buenos Aires en 1859 y luego en nuestro país, por decreto del general Flores en 1865. Fue nuestro primer Código y es el mismo que hoy está en vigencia.

El segundo Código fue el Civil, que entró en vigencia el 1° de enero de 1868. (Fue promulgado, el 4 de agosto de 1867). Fue realizado por Tristán Narvaja sobre un proyecto del doctor Eduardo Acevedo.

En 1878 se sancionó el Código de Procedimiento Civil y también el Código de Instrucción Criminal.

En 1889 se sancionó el Código Penal.

En 1934 se sancionó el Código de Organización de los Tribunales que modificó parte del Código de Procedimiento Civil. También en ese año se sancionó el nuevo Código Penal, modificativo del de 1889 y el Código del Niño, en 1979 el Código del Proceso Penal y en 1989 el Código General del Proceso y la Ley de Sociedades que modifica gran parte del Código de Comercio.

Luego, existen otros códigos que reglamentan materias mas limitadas: Aeronáutico, Tributario, Rural, de Aguas, de Minería, de Procedimiento Militar y Penal Militar, etc.

Lecturas recomendadas para esta unidad

GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Derecho.*

CARNELLI, Lorenzo, *La obra jurídica de Pablo de María.*

DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil.*

BARTHELEMY et DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel.*

SAYAGUES LASO, Enrique, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.*

GIORGI, Héctor, *El contencioso de anulación.*

UNIDAD V

APLICACION DEL DERECHO

INTERPRETACION - INTEGRACION
LA LEY EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

Elementos para la aplicación del Derecho

La norma jurídica, como ya expresamos, es general y abstracta, se aplica a casos típicos; se formula teniendo en cuenta el promedio de lo que acaece en la sociedad con abstracción de las situaciones particulares. Para aplicar esta norma es necesaria la intervención del hombre que se adapta al caso concreto. Es la función que realiza el Juez, principalmente, aunque otros funcionarios también aplican el Derecho.

La actividad del hombre referida a ese fin se parece a un silogismo, cuya premisa mayor es la norma jurídica, la menor el caso concreto que cae bajo el imperio de aquella y la consecuencia la aplicación [1]. Tanto el particular como el magistrado (este último en forma obligatoria) realizan esta función; primero conociendo el caso concreto y controvertido sometido a su decisión, luego investigando la norma jurídica que se debe aplicar y por último dictando la resolución (sentencia judicial), en caso del Juez.

El planteo del caso concreto, los hechos, deben ser proporcionados al Juez por las partes, pero la investigación de la norma debe realizarla él.

---

(1) Conforme: GARCIA MAYNEZ, t. II, págs. 141 y 142. Claude DU PASQUIER, Introducción a la Théorie Générale et a la Philosophie du Droit, París, 1937, págs. 133 y sigts.

Pongamos algún ejemplo de este razonamiento silogístico: Premisa mayor: el que falsificare moneda nacional o extranjera ... será castigado con dos a diez años de penintenciaria (art. 227 Código Penal). Premisa menor: A falsificó moneda nacional... Conclusión: Condénese a A a la pena de penintenciaría de 4 años. En el texto hemos dicho que el razonamiento "se parece" a un silogismo porque no podemos trasplantar las reglas lógicas al Derecho en forma absoluta. La actividad del Juez no se reduce sólo a buscar una conclusión que deriva inexorablemente de la aplicación del Derecho a los hechos. El magistrado tiene un campo más amplio no sólo al juzgar los hechos, sino también al aplicar el Derecho. (En el caso del ejemplo deberán pesar los atenuantes y agravantes, estudiar la personalidad del delincuente para individualizar la pena dentro del máximo y el mínimo que la ley establece).

Ante todo debe inquirir si existe una norma jurídica válida (*problema de la validez de la norma jurídica*), esto es, buscarla, estudiar si está vigente, si se ha creado de conformidad con el procedimiento previsto por el Derecho, etc. Luego, como todo precepto jurídico encierra un significado que emana de los signos o palabras por los cuales se expresa, hay que buscar el sentido (*problema de interpretación*). Otras veces el caso no estará previsto, es decir, faltará la norma expresa, habrá una laguna en el ordenamiento jurídico que el Juez deberá llenar para poder dictar su fallo (*problema de la integración*). A veces el Juez deberá estudiar si por las circunstancias de tiempo y lugar corresponde aplicar una u otra norma (*problemas de la ley en el tiempo y en el espacio*).

INTERPRETACION DEL DERECHO

Concepto

Interpretar, según la definición de la Real Academia, es explicar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad.

Interpretar significa, en nuestra técnica, buscar el *sentido* de la norma, darse cuenta del significado que encierran sus palabras. La ley aparece ante nosotros como una forma de expresión; un conjunto de signos escritos frente a los cuales debemos tratar de entender su significación, lo que quiere decirse con ellos, cuál es su sentido.

De este concepto resulta que se puede interpretar no solamente la norma oscura e incierta, sino también la clara. Hay quienes, confundiendo la necesidad de la interpretación con la dificultad de la misma, piensan que sólo puede interpretarse la norma oscura, lo que es un error.

También se deduce de la definición expuesta que sólo cabe interpretación cuando existe la norma; si ella falta, si hay una laguna en el Derecho no habrá interpretación, sino integración.

Por último, corresponde señalar que no sólo se interpreta la ley, sino toda expresión del Derecho; así se puede interpretar un reglamento, una ordenanza y lo mismo una norma consuetudinaria.

Clases de interpretación, según los autores que la efectúan

Según el órgano que realiza la interpretación se distinguen tres clases de ella:

Legislativa

Es la que efectúa el Poder Legislativo mediante una nueva ley que aclara el sentido de la que se quiere interpretar. Se le acostumbra a llamar también auténtica, porque emana del mismo órgano que dictó la norma, aunque, en ese sentido, podría ser auténtica la interpretación de otra autoridad con tal que se refiera a disposiciones dictadas por ella (así la interpretación de un decreto hecha por el Poder Ejecutivo será auténtica, pues es este órgano quien los dicta). La interpretación legislativa tiene un valor general y obligatorio para todos: el Juez no puede desconocerla, tiene que ceñirse a ella.

Judicial

Es la realizada por los jueces cuando aplican la ley al caso concreto que deben resolver. Esta interpretación es obligatoria sólo para ese caso, esto es, para las partes que intervienen en el conflicto y con respecto al mismo.

Doctrinaria

Es la que hacen los particulares que no tienen ninguna función pública que los faculte a interpretar las leyes obligatoriamente; los profesores de Derecho, abogados, etc. Esta interpretación no tiene ninguna obligatoriedad.

De estas tres clases la principal es la legislativa, puesto que es obligatoria para todos. Su propia naturaleza ha hecho decir a algún autor que no es realmente una verdadera interpretación, sino una norma jurídica propia y verdadera que tiene valor por sí, aunque no corresponda el verdadero significado de la norma [2]. Sin llegar a aceptar esta afirmación, todos los autores destacan la especial eficacia de una interpretación que se realiza por medio de una ley. Y ello explica una particularidad de esta ley, recogida por nuestro Derecho positivo. Dice el artículo 13 del Código Civil que "La interpretación auténtica o hecha por el legislador, tendrá efecto desde la fecha de la ley interpretada; pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos".

Es decir que, a diferencia de lo que sucede generalmente con las leyes que no rigen el pasado, en cambio, se aplica a una época anterior. Así el 1° de agosto se interpreta una ley que entró en vigencia el 1° de enero; la ley interpretativa -de 1° de agosto- se considerará en vigor desde el 1° de enero y, en consecuencia, se aplicará a todos los casos anteriores al 1° de agosto. Esto se debe, a que se considera que se trata, no de una nueva disposición sino de la misma ley, de una explicación de la vieja norma, dada por el Poder Legislativo. (Por esta razón no hay retroactividad en ese caso).

La única excepción que hace nuestro Código es a los "casos ya definitivamente concluidos". Así, si ya hay una sentencia definitiva, ésta no podrá revocarse, aunque la ley interpretativa haya dado una explicación de la ley distinta a la del Juez que la dictó. La razón de seguridad social que inspira al Derecho determina esta excepción.

---

(2) COVIELLO, *Doctrina general del Derecho civil*, pág. 73.

Medios de la interpretación

Existen varios sistemas interpretativos que corresponden a distintos autores, pero todos ellos utilizan ciertos elementos comunes para la interpretación. Ellos son tres:

Elemento gramatical o literal

Un precepto jurídico se expresa por medio de palabras: comprender su significado es la primer tarea del intérprete. Una misma palabra puede tener varios significados (uno en sentido vulgar, otro en sentido técnico, etc.). Unas veces una conjunción puede haber sido usada como copulativa o disyuntiva; otras un signo de puntuación cambia el sentido de una frase; a veces los intérpretes estudian y discuten el origen de una disposición que se tomó de un texto extranjero y al traducirlo se cometió un error, etc. La primer indagación, pues, se refiere al significado de las palabras de la ley.

Elemento histórico

La ley tiene una historia: ha surgido de un proyecto elaborado por un legislador, un especialista, un miembro del Poder Ejecutivo, etc. Ha pasado por un proceso de elaboración; su discusión ilustra especialmente al intérprete sobre el sentido de alguna de sus partes; si existió un veto, si se trató de resolver un problema determinado ,a esa época, si el miembro informante hizo alguna aclaración, etc. De este proceso se obtienen valiosas contribuciones al estudio de la norma.

El elemento histórico se compone del proceso de elaboración de la norma y todo el ambiente que lo ha rodeado.

Elemento lógico

Este elemento consiste en investigar la *ratio legis*, es decir, la finalidad de la ley (teleología). Una norma tiene un motivo que la hizo nacer, cumple una función determinada, tiene un espíritu determinado. Un instituto (matrimonio, propiedad, etc.) tiene ciertas finalidades que lo orientan, tiene una cierta razón de ser para la cual se le ha creado. Pues bien, la consideración de este elemento permite también interpretar la norma. A veces alguna disposición, considerada aislada, carece de sentido, pero dentro del instituto, enlazado a su finalidad, se aprehende su significación.

Métodos y escuelas de interpretación

Existen diversos métodos para la interpretación de las normas jurídicas y diversas escuelas que discuten dónde puede extraerse el sentido de la norma, si de la intención del legislador que la hizo o si de la norma misma que cuando es dictada se independiza de su autor y adquiere un sentido propio, que puede ir variando según las circunstancias históricas.

1) Escuela clásica o tradicional

La escuela clásica de interpretación tuvo su época de esplendor durante el siglo XIX. Preconizó el método exegético de interpretación cuya finalidad es descubrir la intención que el legislador puso en la norma. Para ella coincide el sentido de la ley con la intención del autor.

El racionalismo jurídico que impulsó la obra de la codificación realizada luego de la Revolución Francesa es la base de esta escuela. Creyeron que el legislador, por la razón, podía expresar en las leyes todo el Derecho.

El hecho fundamental que determinó esta escuela lo fue indudablemente la codificación: tanto se ha legislado en los últimos 70 años, escribía un autor en 1872, que sería muy extraño que quedara un caso al cual no le fueran aplicables, en algo, las disposiciones legales. Con ese concepto no resulta extraño que los autores se jactaran como Bugner en decir: "no conozco el Derecho civil, no enseño más que el Código de Napoleón", porque siempre pensaron que el hombre con sus facultades racionales pudo aprehender todo el Derecho y verterlo en los Códigos.

Estas ideas se complementan con el respeto al legislador, representante del pueblo, máxima autoridad y la desconfianza al poder de los jueces, heredada del Antiguo Régimen, a quienes se quiere colocar en una función simplemente mecánica de aplicación del texto y naturalmente supeditada a la del creador de las leyes [3].

---

(3) Dice SALEILLES que el Código Civil aparece vinculado a tres corrientes principales que imperaban en Francia en el momento de su elaboración. Una doctrina *filosófica* que reposaba sobre la idea de que el hombre tiene, desde su nacimiento, derechos inherentes al hecho mismo de su individualidad, que ellos derivan de su naturaleza, que es inmutable y universal y que por consiguiente, debe haber un sistema de leyes que resulte de esas relaciones naturales, que son un ideal filosófico y al cual todas las legislaciones deben acercarse. Era la doctrina del Derecho natural que se conecta a la del derecho individual. Esta escuela es la gran inspiradora del Código Civil. Tan es así que el artículo primero del Proyecto de Código Civil decía: "Existe un Derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, es la Razón en tanto que ella gobierna los hombres". Una doctrina política que consistía en suponer que el Código Civil era el Derecho Privado de una Democracia y ésta era concebida como un régimen en el cual los ciudadanos tenían iguales derechos en la esfera civil y en la política. Y una *doctrina jurídica* que se refería a la primacía de la ley y a los métodos de interpretación, que no era más que la trasposición de las antiguas teorías del Poder Absoluto que en vez de tener al Rey como sujeto lo radicaban en el Legislador. (*Livre du centennaire du Code Civil*. Paris, 1904, págs. 107 y sigts.).

La finalidad de la interpretación, consiste, exclusivamente, en descubrir la voluntad del legislador puesta en la ley. Para esta escuela la intención de la norma coincide con la de su autor, la función del intérprete es entonces, frente a la duda u oscuridad, tratar de descubrir cuál fue la finalidad del que hizo la ley.

Técnica

La técnica de la escuela tradicional es el *método exegético*, que consiste en el estudio minucioso de la letra de la ley para descubrir en ella la intención de los legisladores. Se preconiza un estudio similar al que se hace con las Escrituras Sagradas buscando la voluntad de Dios [4].

Los autores de esta escuela han pretendido encerrar la labor del intérprete dentro de criterios preestablecidos, a menudo muy rígidos, que no dejan lugar a la arbitrariedad del Juez y que conduzcan siempre a desentrañar la voluntad del autor de la norma. Así han indicado que la primer labor del intérprete es entender la norma basándose en el elemento literal o gramatical y si no fuera suficiente recurrir a la historia de la misma. También crean procedimientos "auxiliares" que permiten al intérprete aclarar el sentido de las leyes e inclusive llenar sus vacíos, como por ejemplo la analogía, los principios generales del Derecho, etc. [5]. Pero siempre la solución encontrada se atribuye a la voluntad del legislador; todo está en la ley y hay que encontrarlo desentrañando la intención de su autor.

Crítica

Este método que tiene una perfecta ubicación en su época histórica, ha tenido dos virtudes principales: su perfecta apariencia lógica y su garantía contra la arbitrariedad [6].

(4) Exégesis, según el Diccionario de la Real Academia, es: "Interpretación, especialmente de los libros de la Sagrada Escritura".

(5) En primer término se coloca, entre los procedimientos, la interpretación gramatical. Luego se va a la interpretación lógica, utilizando como procedimiento auxiliar para llegar a la voluntad legislativa, en primer término, el examen de los trabajos preparatorios de la ley. Si estos medios no son suficientes se recurre a los indirectos: la analogía, la equidad, los principios generales del Derecho. Estos son el último término de la naturaleza humana, que son para ellos el presupuesto de la ley: suponen que el legislador los tuvo siempre en cuenta. La analogía - disposición de otra ley de contenido similar- trabaja con diferentes argumentos: *a contrario, a pari, a mayori, ad minus o a minori ad majus*. (Ver más ampliamente: GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Madrid, 1902, págs. 27 y sigts.). Ver nota N° 22.

(6) Conforme: R. SALEILLES, Prólogo a la obra de Gény citada, página VII.

Pero el sistema -pese a su extensión hasta nuestra época- ha sido objeto de diversas objeciones. En primer lugar sus ideas básicas han entrado en crisis [7].

Por otra parte el sometimiento del Juez a la voluntad del legislador, si bien es garantía contra la arbitrariedad, le quita al Poder Judicial esa elasticidad, indispensable para aplicar la ley al caso particular, tan infinitamente variado como la propia realidad.

Y además ¿qué es la voluntad del legislador?

En nuestra época no puede ni siquiera hablarse de "legislador" como en otras en que el Monarca absoluto era quien hacía la norma. La ley surge de una reunión de voluntades; el Parlamento está integrado por diversas personas, representantes de diversos partidos políticos que se mueven por opiniones y motivos opuestos. En la voluntad legislativa entraría todo eso y como dice Reichel "habría que interpretar cuidadosamente la sonrisa o inclinación de cabeza de un miembro de la Comisión, el discurso improvisado del parlamentario que desconoce el problema" [8]. Habría que descubrir cuál es el motivo por el que cada uno ha votado la ley.

La voluntad de la ley es distinta a la del legislador así como una manifestación escrita de una persona puede contener distintos sentidos al que ella quiso darle. La norma es independiente de su autor, máxime cuando éste no existe como un ente real con una voluntad determinada [9].

(7) Las tres doctrinas en las que reposaba esta escuela han sido rebatidas. La doctrina filosófica está modificada, pues ya no se piensa que todo el Derecho pueda encerrarse en una serie de principios inmutables y universales, sino que surge de la realidad social y evoluciona con ésta. La doctrina política había vuelto sobre sus pasos, considerando que las condiciones de hecho deben también tomarse en cuenta: así la igualdad y la libertad teórica necesitan ciertos presupuestos especiales. La doctrina jurídica había variado también: la desconfianza judicial empezaba a desaparecer al influjo del pensamiento contrario: no puede el Juez ser un autómata aplicador de la ley.

(8) Más ampliamente, ver: Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, Revista de Derecho Público, t. 9, pág. 302.

(9) Señala RADBRUCH que se percibe con toda claridad la esencia de la interpretación jurídica cuando se la compara con la filosófica. Esta fue caracterizada como un conocimiento de lo conocido, un repensar lo pensado. La interpretación jurídica no es eso: se dirige a buscar el sentido objetivamente válido del precepto jurídico. "No es un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una idea hasta su último extremo".

Dice que "un acertijo puede tener, junto a la solución de su autor, todavía otra segunda, no pensada por él y una jugada aislada en el ajedrez puede tener posiblemente, en la conexión de todo el juego un sentido distinto del que creyó el

2) Escuela histórica o evolutiva

Exposición

Esta escuela parte de la crítica a la anterior y sostiene que teniendo la ley vida propia e independiente del autor que la hizo, el intérprete debe considerarla simplemente como un molde que debe irse llenando de contenido según las necesidades de cada época [10].

La ley, tomada como independiente de su fuente originaria, va evolucionando por sí misma, subordinada, especialmente, al medio social en el cual varía. La interpretación que se preconiza es la que mejor se adapte a las necesidades del momento, dejándose un amplio margen a la libertad judicial.

Este sistema ha sido utilizado muy a menudo por la jurisprudencia cuando se plantean problemas nuevos, no previstos. Así nuestro viejo Código Civil, por ejemplo, es el producto de una época en que no estaba desarrollado el maquinismo con sus problemas (accidentes del trabajo, riesgos, responsabilidad del dueño, etc.). Cuando éstos aparecen, el intérprete, que debe encontrar la solución, la busca y trata de encuadrarla dentro de las viejas normas legales.

Crítica

Este sistema parte del mismo error que el anterior: no diferencia la interpretación de la integración de la ley. Considera que en ésta deben encontrarse todas las soluciones jurídicas y trata de hacerle dar mucho más de lo que contiene.

Si bien supera a la escuela clásica por comprender que la ley no puede referirse a la voluntad de su autor, en cambio desconoce que la tarea del intérprete no es crear normas nuevas en cada momento, sino aclarar el sentido de las ya existentes.

---

que la hizo". "Cuantos cuentos surgieron del doble sentido inconsciente de las palabras de alguno". (*Filosofía del Derecho*, págs. 147 y sigts.; *Introducción a la Ciencia del Derecho*, págs. 250 y sigts.).

El resultado de esta posición coincide, con la tesis de los autores formalistas que destacan que las condiciones de hecho (o los pensamientos) que inspiran una norma, no son norma, como no puede serlo nada del mundo del ser, por lo que una norma una vez dictada se independiza de las condiciones que la originaron y cobra vida propia. (Ver en tal sentido, Sebastián SOLER, *Ley, Historia y Libertad*, pág. 165).

(10) SALEILLES, Prólogo a Gény, citado, pág. IX.

Tiene el mérito de darle mayor elasticidad a la labor del Juez y es admisible para la aplicación de ciertas normas que son algo así como moldes legislativos [11] pero no puede aceptarse como sistema general de interpretación. Al revés de la escuela clásica daría motivo a la arbitrariedad judicial.

3) Escuela lógico-sistemática

Esta doctrina, como la anterior, parte del presupuesto de que la ley debe considerarse como una significación objetiva y autónoma, no tomando en cuenta en la tarea de interpretación la voluntad del legislador, sino la de la ley misma.

El método preconizado es el lógico-sistemático. *Lógico*, pues se aconseja la interpretación, que se estudia con ese nombre: deben buscarse las significaciones de la ley misma, considerada en su sentido objetivo, desprendida de la voluntad de su autor y entendida como una manifestación, con ciertos fines propios, que pueden desarrollarse por el intérprete aunque no hayan sido los del autor. La ley se desprende de la voluntad de su creador, tiene vida propia [12]. *Sistemático*, porque se considera la ley como un todo orgánico (sistema) en el cual las partes están relacionadas entre sí en forma armónica: la significación de una norma no depende, entonces, de lo que las palabras expresan en sí mismas, sino también, de las relaciones sistemáticas de esas normas con todo el ordenamiento jurídico. Un problema interpretativo que cree una disposición, debe resolverse estudiándola dentro del instituto en que se encuentra y relacionándola con los fines de éste [13].

Pero no debe entenderse que este procedimiento implique el rechazo de toda investigación histórica, sino que por el contrario se trata de fijar la

---

(11) Así la norma del Código Civil que dice que: "No pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres" deben tomarse como un molde que se llene con lo que en cada momento y en cada lugar, puede ser "el orden público" o las "buenas costumbres". Estas nociones no son absolutas y lo que hoy consideramos admitido por las buenas costumbres y nuestro orden público (el divorcio por ejemplo) pudo no serlo hace 50 años y puede no serlo en otro país.

(12) RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, págs. 153 y 154. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 251 y sigts.

(13) Un instituto, por ejemplo, la patria potestad, persigue ciertos fines: en primer lugar la protección y la defensa de los derechos de los menores. Cuando se toma una disposición aislada de él (no pueden venderse los bienes de los hijos sino mediante tal o cual autorización...) y surge una duda, ella debe aclararse tomando a todo el instituto en sus fines como una unidad sistemática (en caso de duda, si el padre puede efectuar una venta, se verá si está o no en el interés del hijo, que lo haga).

voluntad objetiva de la ley encuadrada en un momento histórico, utilizando los elementos de la elaboración de la norma para aclarar su sentido, pero sin exagerar su importancia [14].

Este método coincide con el histórico, en cuanto considera a la ley con vida propia, desprendida de la voluntad de su autor, pero se diferencia de aquél, pues entiende que no todas las soluciones pueden caber en la ley, que la fecundidad del desarrollo de los pensamientos que existen en la norma tiene un límite: hay vacíos en la ley, para llenarlos debe recurrirse a la integración.

4) Escuela del Derecho libre

Más que un sistema de interpretación constituye una tendencia doctrinaria de varios autores, que tratan de reaccionar contra la teoría de la sumisión incondicional del Juez a los textos legales y preconiza la absoluta libertad del magistrado para interpretar la ley.

Rechaza todos los sistemas de interpretación, todos los métodos, le repugna la analogía, las ficciones, los razonamientos basados en el espíritu de la ley y trata de que el Juez decida, según su sentimiento, como si fuera legislador en el caso concreto [15].

Naturalmente que esta tendencia tiene más adeptos cuando se trata de la integración de la ley, que con respecto a la interpretación, pues, aceptarla en esta materia, con todas sus consecuencias, significaría ir a la supresión de todas las normas jurídicas generales para que el Juez quede como único árbitro de los conflictos, resolviéndolos según su conciencia. Y esto nos salva de un peligro para hacernos caer en otro: la arbitrariedad judicial [16].

---

(14) "La historia de un pensamiento jurídico -dice RADBRUCH- no concluye, ni provisoriamente, cuando se ha depositado en una ley; pues la historia de sus diversas interpretaciones, que entonces comienza, no es sólo una historia de sus falsas inteligencias, sino que la fecundidad de la idea, sustraída a toda posible previsión del pensador, se desarrolla en una variedad de sucesivas interpretaciones igualmente justificadas. Y así, cada tiempo se apropia de parte de estos pensamientos y les da un carácter nuevo. Pero esta fecundidad tiene sus límites: atribuir a un código a pesar de la limitación humana de su autor, la posibilidad de contener respuesta para toda cuestión imaginable, tal como lo hace la Teología con la Sagrada Escritura no puede admitirse". (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, págs. 252-253).

(15) Dice KANTOROWICZ, en su libro *La lucha por la ciencia del Derecho*, que la ciencia jurídica debe desempeñar un papel creador en lugar de limitarse a ser un simple medio de conocimiento. Señala que el Juez no debe limitarse a descubrir el Derecho, tiene inclusive que crearlo.

(16) GARCIA MAYNEZ hace notar que esta tendencia se había convertido en la representación más genuina del pensamiento jurídico del Estado nacional-socialista, el cual, repudiando las concepciones romanistas, confía en el sentido

La interpretación de la ley en nuestro Derecho Positivo

Ubicación de las disposiciones legales

Las disposiciones que se refieren al tema se encuentran en el Título Preliminar, "De las Leyes", del Código Civil. Nuestro legislador, siguiendo sus modelos, colocó allí una serie de normas de aplicación general, como la que se refiere al valor de la costumbre, a la retroactividad de la ley, a la entrada en vigencia de éstas, etc.

A pesar de esa ubicación todas estas disposiciones se aplican a todas las ramas del Derecho y no solamente al civil y han sido colocadas como Disposiciones Preliminares del Código fundamental, siguiendo el camino de las legislaciones que sirvieron de antecedentes a nuestro codificador.

Naturalmente que, por razones de jerarquía, estas normas no se aplican a la materia constitucional, pero sí a todas las demás leyes y reglamentos [17].

Los elementos de la interpretación

Nuestro Código consagra, en primer término, el elemento gramatical: debe recurrirse, en primer término, al tenor literal de la ley. Y el propio legislador da ciertas normas sobre cómo debe entenderse el sentido de las palabras, señalando que, en primer lugar, debe recurrirse al sentido legal si está expresamente establecido, en segundo lugar, si se trata de una palabra técnica de alguna ciencia o arte, al que le den los que profesan dicha ciencia o arte y si no, corresponde recurrir al sentido natural y obvio de las palabras [18].

Nuestra ley también utiliza el elemento lógico y el histórico [19].

---

innato del Juez para resolver las cuestiones a condición de que sea de raza aria y se inspire, no en un individualismo pasado de moda, sino en la concepción universalista del Derecho y del Estado. (*Introducción al Derecho*, t. II, pág. 184). Si el Juez es libre, se inspirará en sus sentimientos y muchas veces en la concepción de justicia que imponga el gobernante.

(17) Con respecto a la ley la conclusión es inobjetable; en cambio con referencia a los reglamentos, hay muchos autores que entienden que no se aplican estas disposiciones. Así se ha sostenido que la regla de la presunción de conocimiento no se les aplica, como tampoco la de que no pueden ser derogados por el desuso, etc.

(18) Los artículos pertinentes dicen: artículo 17: "Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"... El artículo 18: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado "legal". Y el artículo 19: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Hay quienes sostienen que el método utilizado por nuestro Código es exegético. Para ello se razona así: era el único sistema conocido por los legisladores que hicieron el Código: era el que regía en la época y el codificador no pudo conocer otro. Además se señala la disposición del artículo 17, inciso 2 del Código Civil que considera que hay que recurrir, para interpretar las expresiones oscuras de la ley, a la "historia de su sanción".

Como dice Jiménez de Aréchaga, esta posición tiene el defecto de entrar a estudiar el problema ya dando por sentado de antemano una posición. En efecto, sostener que el legislador no pudo establecer otro método que el que conocía, era pensar con la mentalidad de la escuela clásica: que la ley debe interpretarse de acuerdo a la intención de su autor. Y entonces la conclusión será que nuestro Código acepta el método exegético. En cambio, dice, si se estudian científicamente las disposiciones para interpretar las cuales debemos opatar por el mejor sistema teórico, llegamos a la conclusión de que el sistema utilizado por nuestro Código es el lógico-sistemático [20].

En efecto: nuestro artículo 17, inciso 1° dice: "cuando el *sentido* de la ley no es claro" y no "cuando *la letra* de la ley no es clara" como decía otros Códigos de la época. Y luego expresa que para interpretar una expresión oscura de la ley debe recurrirse "a su intención o espíritu *manifestados en ella misma*". Es decir que se habla del espíritu de la ley manifestado en la misma. Si a esto se agrega la disposición del artículo 20, que dice que el contexto de la ley servirá para ilustrar cada una de sus partes y que debe haber entre todas ellas correspondencia y armonía se puede aceptar, sin violencias, la opinión de que, en nuestro Código, está consagrado, efectivamente, dicho método de interpretación.

INTEGRACION DEL DERECHO

La ley tiene lagunas [21].

Es lógico que así sea porque frente a la riqueza creadora de la vida nunca se puede alcanzar a contemplar todos los casos posibles. Si surgen hechos nuevos, la aviación, la televisión o los viajes espaciales, por ejemplo, todos son problemas desconocidos y las soluciones no las podemos encontrar en las viejas normas. Mientras no se dicte una norma especializada (Código de Legislación Aeronáutico) deben llenarse esos vacíos por el Juez.

La existencia de lagunas marca el límite de la tarea del intérprete como tal. Cuando una ley no ha previsto el caso, no puede hablarse de interpretación. Si hay un vacío, hay que llenarlo, esto se llama *integrar* la ley.

Esta función de colmar las lagunas legales, es decir, la tarea de integración de la ley, corresponde al Juez, que cuando va a fallar tiene que encontrar una norma para aplicar. La norma que el Juez cree, en caso de vacío, solamente será válida -como todas las sentencias judiciales- para el caso concreto para el que fue dictada.

Métodos y escuelas de integración

1) Escuela clásica. Método tradicional

La escuela clásica no distinguió los dos problemas; recién modernamente, con un estudio metódico, se aclaró que una tarea era interpretar cuando la norma era oscura y otra integrar, cuando la norma no existía.

La escuela clásica mantenía el mismo punto de vista en este problema:

(19) Artículo 17, inciso 2°: "...Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción". El artículo 20: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

(20) Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, trabajo citado en Rev. Der. Púb. y Priv., págs. 162 y sigts.

(21) El problema de las lagunas del Derecho es uno de los más intrincados y discutidos. Hay quien entiende, que si bien existen lagunas en la ley, no puede haberlas en el Derecho, porque los vacíos que deja esta norma deben ser llenados por el Juez y no de manera arbitaria, sino por aplicación de principios jurídicos. Frente al vacío legal, el Derecho siempre tiene una respuesta. (GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Derecho*, t. II, págs. 197 y sigts.). Como dice LEGAZ Y LACAMBRA: "El Derecho legislado y el Derecho consuetudinario tienen lagunas, el orden jurídico no puede tenerlas, a donde no llegan las fuentes legislativas y consuetudinarias, tiene que llegar la actividad judicial como fuente de Derecho" (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, págs. 263 y sigts. donde hay una amplia exposición del tema).

Hay quienes van más allá y consideran que no sólo no existen lagunas en el Derecho, sino que tampoco puede haberlas en la ley. En efecto, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido se resuelven los problemas. Cuando se habla de lagunas se quiere expresar que se está pensando en una solución de justicia distinta a la que da el texto legal. La laguna no es entonces más que la diferencia entre el Derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo. Como dice COSSIO "lo que no está prohibido está permitido, porque si no estuviera permitido ¿qué más podría no estar cabiendo una tercera posibilidad lógica? (*Lagunas del Derecho*). En el mismo sentido se pronuncian KELSEN Y ZITELMAN. La solución de este problema trasciende los fines de una Introducción al Derecho.

había que tratar de descubir la voluntad del legislador o, mejor dicho, admitido que el legislador no había previsto el caso, se trataba de encontrar cuál hubiera sido su solución en caso de haberla previsto. No había aquí voluntad real del legislador, pero sí voluntad presunta que debía tratar de descubrirse. Para ello la escuela clásica utilizaba los procedimientos lógicos ya mencionados al estudiar el problema de la interpretación.

Así, por el argumento *"a contrario"* se razonaba pensando que, si en un caso el legislador había dado una solución, en el caso opuesto, si lo hubiera previsto, hubiera establecido lo contrario.

En general se emplean, por esta escuela, todos los procedimientos analógicos. La analogía es un elemento para integrar la ley que usan las diversas escuelas y consiste en un procedimiento basado en el razonamiento lógico según el cual, donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición (*ubi eadem ratio idem jus*) por lo cual si hay un vacío en la ley, debe buscarse una disposición que resuelva un caso análogo y aplicarla, llenando así la laguna [22].

Lo particular de esta escuela es que cuando utiliza la analogía, lo hace en la convicción de que el legislador hubiera querido lógicamente esa solución si hubiera conocido la misma hipótesis [23].

Y esto la conduce a su falla fundamental; exige de la ley algo que ella no puede dar, quiere imputar al legislador una solución que nunca pudo prever.

2) Sistema de Geny. Libre investigación científica

La obra de Gèny sobre interpretación ha tenido gran influencia en la doctrina moderna, aun cuando haya sido superada.

Este autor, en materia de interpretación, coincide sustancialmente con la posición de la escuela clásica, salvo algunas rectificaciones técnicas que lo acercan al sistema lógico-sistemático, pero sin vislumbrarlo [24].

Su principal mérito es haber reconocido límites a la interpretación de la ley. "Yo creo, dice, que la ley no es mas que uno de los elementos de la interpretación jurídica considerada en su conjunto" [25]. Piensa que agotadas las posibilidades de que ella proporcione otra solución debe recurrirse a las demás fuentes formales y a la libre investigación científica.

(22) Conforme: GENY, *Fuentes de interpretación*, pág. 30, parág. 16.

(23) Dice un autor: "Si nos atrevemos a salirnos de la fórmula expresa de la ley mediante la analogía, es suponiendo que así lo hubiera querido el legislador de haber tenido en cuenta esta hipótesis". (WINDSCHEID, citado por GENY, *Fuentes de interpretación*, pág. 3, parág. 16, in fine).

(24) Ver GENY, *ob. cit.*

(25) *Métodos de interpretación y fuentes* (parág. 98).

Como defensor de la costumbre entiende que luego de la ley debe recurrirse a esa fuente, de gran importancia en su obra.

Pero considera que, en último termino, si no hay ninguna norma, entonces debe dejarse al Juez en libertad para encontrar la norma. Es ésta la libre investigación científica. *Libre* porque la actividad del intérprete, llegado a este punto, no debe estar coartada por ninguna norma y *científica* porque la búsqueda de la norma que se ha de aplicar al caso debe basarse en los criterios objetivos que sólo la ciencia puede descubrir [26]. Es decir que, a pesar de darle al Juez libertad para que actúe como si fuera un legislador frente al caso concreto que se le presenta, trata de evitar la arbitrariedad indicando que el criterio a buscarse debe indagarse fundado en los principios científicos.

3) La escuela del Derecho libre

Esta tendencia, como se dijo antes, consiste en afirmar que el Juez, cuando hay un vacío en la ley, debe actuar libremente creando la norma como si fuera legislador.

Este movimiento iniciado en Alemania por Kantorowicz tuvo amplia repercusión en ese país y en Francia [27]. Fue una reacción contra la excesiva reglamentación judicial por temor a la arbitrariedad [28]. La tendencia a obtener una mejor justicia permitiendo al Juez que fallara en el caso concreto de acuerdo a sus convicciones, tuvo apasionados defensores y

(26) Dice GENY que debe distinguirse bien la actividad judicial, de la legislativa, porque "mientras el legislador no tropieza con ningún obstáculo en la apreciación de la situación general, que regula de una manera enteramente abstracta, el Juez estatuye en vista de casos particulares y respecto a problemas concretos, debe, siguiendo el espíritu de nuestra organización moderna y para librarse de los riesgos de la arbitrariedad desprenderse cuanto sea posible de toda influencia personal o proveniente de la situación particular que se le ofrece y fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva". (*Métodos de interpretación*, parág. 156).

El intérprete debe basarse en "la naturaleza de las cosas", tratando de ser objetivo. Considera que las ciencias (la Moral, la Economía Política, la Filosofía, etc.), pueden darle los elementos suficientes como para encontrar una decisión justa.

(27) Alemania representó la teoría, especialmente en las obras de Herman KANTOROWICZ (*La lucha por la Ciencia Jurídica*) y ELHRLICH (*Libre determinación del Derecho y Ciencia Jurídica libre*); y Francia representó la práctica, con el famoso Juez MAGNAUD, el prototipo del "buen juez", aunque tuviera que serlo fuera de las disposiciones estrictas de la ley.

(28) En realidad las escuelas luchan entre los dos extremos: el de la restricción y sumisión del Juez a la ley, que evita la arbitrariedad y garantiza en mejor forma la imparcialidad judicial y el de la libertad que obtiene la mejor solución del caso concreto que es tan especial que no puede ser comprendido por la generalidad legal en la adecuación de la sentencia a la situación humana que el Juez debe resolver.

provocó muchas polémicas. Algunos Códigos modernos -como el Código suizo- consagraron en el Derecho positivo la solución preconizada, estableciendo que cuando la ley o la costumbre no resuelven el caso éste debe ser decidido por el Juez, "según las reglas que establecería si tuviera que obrar como legislador". Naturalmente que, la solución del Juez siempre se diferenciará de la del legislador, pues sólo valdrá para el caso concreto.

Conclusiones

En general podemos afirmar que, en materia de integración de la ley, existe una mayoría de autores que se inclinan por las soluciones que conducen a darle a los jueces una mayor libertad.

Parece lógico que cuando la ley no ha previsto el caso -si no quiere recurrirse a la costumbre- se deje al Juez en libertad, porque cuando se le quieren indicar caminos éstos son generalmente tan imprecisos -"principios generales del Derecho", etc.-, que al final el magistrado actúa en forma libre.

Debe destacarse que muchos autores, aunque sostengan distintas posiciones, aconsejan los mismos procedimientos para integrar la ley.

Medios de integración de la ley

Estos diversos medios o procedimietos son:

A) La analogía

El procedimiento de analogía consiste en la decisión de una controversia no resuelta por la ley, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada con otra que lo ha sido. Es decir, que frente al caso no previsto, se recurre a la solución dada por el legislador para un caso semejante.

La escuela clásica aconsejaba este procedimiento basada en la presunción de la voluntad del legislador, los autores modernos consideran que es la solución que impone el principio de igualdad jurídica de que, casos semejantes, deben ser regulados por normas iguales.

Para que proceda la analogía se requieren tres presupuestos:

a) la existencia de una laguna real. Es decir, que la analogía es un procedimiento para integrar la ley, no se aplica a la interpretación.

b) que exista semejanza entre el caso previsto por el legislador y el caso que tiene que resolver el Juez y que no se halla contemplado en la norma. Es propiamente lo que se llama "analogía".

c) la semejanza debe existir en la finalidad que tuvo el legislador para dictar la norma; no basta el parecido exterior de las dos situaciones -la prevista y la no prevista-; es necesario que cuando se aplica la norma legal al caso análogo, a la laguna, se esté cumpliendo con la misma finalidad (*ratio legis*) que tuvo el legislador al crear la norma o la misma finalidad que surge de la investigación del fundamento de la disposición existente. O como dice un autor, debe tenerse en cuenta que el elemento de identidad no debe ser cualquiera, sino aquel elemento de hecho, que el legislador tomó en cuenta, para establecer una determinada norma, con la cual se quiere comparar la situación actual [29].

B) Los principios generales del Derecho

Se discute en qué consisten. Al respecto hay dos posiciones principales:

a) Ciertos autores sostienen que los principios generales del Derecho son los que se encuentran por encima de la legislación positiva encarnados en el Derecho justo o Derecho natural. Sostienen que cuando la ley se refiere a los supremos principios del orden jurídico, denota un criterio de estimación ideal, se refiere a esos principios superiores que han servido al legislador para la elaboración del Derecho formulado [30].

b) Otro grupo de autores sostiene que los principios generales del Derecho son los que se desprenden del propio Código mediante un proceso de generalización. Es decir, que mediante el procedimiento de inducción se llega a encontrar los principios generales que existen en el Derecho positivo, y de ellos, por deducción se puede obtener luego, la norma necesaria para llenar la laguna.

Para estos autores son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, que pueden ser de hecho, principios racionales superiores de ética social universalmente admitidos, pero que tienen valor, no por esto, sino porque han informado efectivamente el sistema del Derecho positivo, y llegado, de ese modo, a ser principios de Derecho positivo vigente [31].

En realidad, en la práctica, no hay mayor diferencia entre ambas soluciones, porque si se estudian los principios de Derecho natural a que aluden aquellos autores, se ve que todos ellos han penetrado sustancialmente en la legislación positiva de todos los países civilizados como sucede con el respeto a la palabra dada, la lealtad procesal, el principio de la buena fe en los contratos, etc.

Son éstos los procedimientos de integración más comúnmente usados [32]. Se menciona también a la doctrina y la costumbre, fuentes distintas

(29) COVIELLO, *Doctrina general del Derecho*, pág. 129

(30) DEL VECCHIO, *Sui principii generali del diritto*

(31) COVIELLO, *ob. cit.*, pág. 96

(32) Se suele citar la equidad, como procedimiento de integración de la ley. La

a la de la ley, que sirven, en su caso, para que el Juez pueda encontrar una solución en el Derecho si no está en la ley. Con estos procedimientos lo que se hace, es sustituir la ley por una distinta fuente de Derecho. Algunas legislaciones positivas así lo admiten, pero en puridad, en este caso, no se está "integrando" la ley.

La integración de la ley en nuestro Derecho Positivo

Disposiciones legales

En nuestro Derecho existen normas sobre cómo ha de integrarse la ley. El Código Civil dispone que el Juez no puede dejar de fallar so pretexto de silencio de la ley [33]. Y establece normas expresas indicando cómo debe el Juez efectuar la integración.

Según estas disposiciones: "cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de Derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso" (art. 16 del Código Civil).

El Código indica al Juez el procedimiento a seguir para integrar la ley, no dejándole en libertad, como otras legislaciones. Y dentro de los procedimientos hace una gradación.

Primero, dice, se acudirá a los "*fundamentos* de las leyes análogas", destacándose en esta referencia a la analogía el elemento mencionado antes (finalidad): no basta la semejanza, ella debe ser en el "fundamento" (*ratio legis*).

Luego ("si todavía subsiste la duda") se debe recurrir a los principios generales del Derecho. La redacción de nuestro Código, parece indicar que

---

equidad -según lo decía ya Aristóteles- es un correlativo legal, es el remedio que el Juez aplica para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la ley. Es la adecuación de la norma para que en el caso particular no signifique una solución contraria a la justicia.

Cuando el legislador dispone algo general -dice Aristóteles- y en el caso particular hay algo excepcional, entonces, viendo el Juez que hay una falla en la previsión de aquél, la corrige.

En general, los autores consideran, que la equidad coincide con los principios generales del Derecho: que quizá es el supremo de todos ellos, pues les sirve de base a todos. El anhelo de justicia, el principio que nos lleva a desear que en cada caso concreto, la aplicación de la ley logre la solución más justa y adecuada a él, es el principio ideal que inspira, ya sea al Derecho natural, ya al positivo. (Más ampliamente: GARCIA MAYNEZ *Introducción al estudio del Derecho*, t. II, págs. 216-223).

(33) "Los jueces no pueden dejar de fallar en materia civil, a pretexto de silencio, oscuridad, o insuficiencia de las leyes" (artículo 15 del Código Civil).

por ellos se entienden los que surgen de la legislación positiva y no los del Derecho natural, pues la ley se refiere, a continuación, a las doctrinas más recibidas, es decir al Derecho doctrinario -que es una forma de manifestar el Derecho natural- y como no podemos pensar que el legislador es redundante, hay que suponer que se ha referido a dos grupos de normas distintas: uno, las doctrinas más recibidas (esto es, más aceptadas) y otro, los principios generales del Derecho, que serían, entonces, el Derecho positivo y no doctrinario.

Agrega el Código "consideradas las circunstancias del caso". Esta frase ha sido interpretada entre nuestros autores como autorizando al Juez, una vez encontrada la norma, a atemperar sus conclusiones en vista de su aplicación al caso concreto. Es la válvula de escape para la mayor libertad del Juez cuando quiere integrar la ley al aplicarla al caso concreto.

Este es nuestro Derecho positivo en materia de integración de la ley. Debemos notar que la ley en ningún momento permite recurrir a la costumbre, fuente que en la época de la redacción de nuestro Código gozaba de muy poco favor, prefiriéndose a la doctrina.

Alcance de las disposiciones del Código Civil

Debe destacarse que en virtud de una razón de jerarquía estas disposiciones no se aplican a la materia constitucional.

En la Constitución existe una norma referente a la integración de ciertas disposiciones -las que reconocen derechos a los individuos e imponen deberes a las autoridades- estableciendo que debe recurrirse a los fundamentos de las leyes análogos, a los principios generales del Derecho y a las doctrinas generalmente admitidas [34].

Las disposiciones estudiadas tampoco se aplican al Derecho penal.

---

(34) Dice el artículo 332 de la Constitución: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de Derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

Podría plantearse el problema de cómo se integran las demás normas, en cuyo caso podría pensarse que no habiendo disposición expresa debe recurrirse al sistema mejor o que por analogía deben tomarse los procedimientos que indica el artículo 332.

El Código General del Proceso se remite a los fundamentos de las leyes análogas, principios legales y constitucionales y doctrinas más recibidas (art. 15).

Cuando el Código dice "en materia civil" es porque la obligación de integrar la ley no se refiere a la materia penal. Los procedimientos de integración se refieren no sólo al Derecho civil sino a todos los demás: comercial, procesal [35], etc. y la expresión (materia civil, negocio civil) ha sido una fórmula no muy perfecta de excluir la materia penal. Confirmando esto, dice el artículo 1° del Código Penal que: "Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción".

Esto significa que en nuestra legislación rige el principio de que no hay delito ni pena sin la ley penal expresa (nullum crimen nulla pena sine lege) [36]. El Código Penal tiene una conformación especial: se compone de una serie de disposiciones que van describiendo (tipificando) los delitos y estableciendo las penas [37]. Lo que no está previsto allí no es un delito y no puede ser castigado: no puede el Juez penal aplicar a un hecho la pena de otro por analogía; debe abstenerse de condenar [38]. Este principio de que los delitos son solamente aquellos creados por el legislador (principio de la legalidad) se considera como uno de los más importantes en defensa del derecho de libertad, que es el que se encuentra en juego, pues la sanción penal es su privación.

En cierto momento, algunos países -los totalitarios- habían admitido la creación de delitos por analogía, ampliando así las facultades del Juez en materia penal [39]. Los países democráticos siguen considerando que por razones diversas debe continuarse excluyendo la analogía en materia penal [40].

---

(35) En el caso del Derecho procesal, nuestro Código de Procedimiento dijo expresamente que: "Los jueces o Tribunales observarán respectivamente lo prescripto en los artículos 14 a 20 inclusive del Código Civil" (art. 84).

(36) En las notas explicativas del doctor José IRURETA GOYENA, autor del proyecto que se convirtió en el actual Código, dice que ésta no es una definición. "Es una manera de establecer que no puede existir delito ni pena, sin ley penal. *Nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*. El Derecho penal, fuera de la ley, no reconoce ninguna otra fuente. Se prescribieron los reglamentos, los decretos, la costumbre y la analogía..." (edición oficial del Código Penal, 1934, pág. 149).

(37) Así por ejemplo el artículo 310 dice: "El que, con intención de matar, diere muerte a una persona, será castigado con veinte meses de prisión a doce años de penintenciaría". (Homicidio). El artículo 340 dice: "El que se apoderase de una cosa ajena mueble, sustrayéndosela a su tenedor, para aprovecharse o hacer que otro se aproveche de ella, será castigado con tres meses de prisión a seis años de penintenciaria". (Hurto).
Para tipificarse el delito tiene que caer exactamente en la definición del Código.

(38) En nuestro Derecho se había planteado el problema del que se apoderaba de energía eléctrica. Los jueces no lo podían incluir ni en el hurto ni en la estafa. El legislador de 1934 tuvo que crear una figura especial que se llama "Hurto de energía eléctrica" (art. 343).

(39) El artículo 16 del Código Penal ruso dice: "Cuando algún hecho peligroso no se halle expresamente previsto en este Código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinaría con arreglo a los artículos de esta ley que prevén los delitos más semejantes".

LA LEY EN EL TIEMPO

Cuando se trata de la aplicación de la ley surge también el problema de la eficacia de ésta en el tiempo.

Una ley nace a la vida jurídica en un momento determinado y como toda norma tiene una eficacia limitada en el tiempo. ¿Desde cuándo se aplica? ¿Hasta cuándo está vigente? ¿Cuándo cesa el efecto de la ley antigua y empieza a regir la ley nueva?

Son problemas de la ley en el tiempo.

Cesación de los efectos de la ley

La ley cesa de tener efectos cuando es derogada. La derogación deja sin valor la ley, ya sea para suplantarla por otra o simplemente para abrogarla.

En principio y por norma general una ley sólo puede ser derogada por otra ley [41]. Es decir, que por más tiempo que transcurra desde su entrada en vigor, esta norma jurídica no deja de producir efectos, hasta que otra norma, de igual o mayor jerarquía, la derogue; aunque no se use, si no es derogada, está en vigor.
Sin embargo, en ciertos casos, la ley deja de producir efectos sin necesidad de otra norma que la derogue; ya al ser puesta en vigencia la ley

---

La ley de 28 de junio de 1935 de la Alemania hitleriana, decía: "Es castigado aquel que comete una acción que la ley declara punible o que merece punición según el concepto fundamental de una ley penal o según la sana conciencia del pueblo. Si ninguna determinada ley penal encuentra inmediata aplicación para el hecho, éste es castigado según la ley cuyo concepto fundamental mejor se adapte".

(Referencias tomadas de los apuntes de Derecho penal de 1939 del profesor Alfredo GIRIBALDI ODDO. Editorial Pan Mimeográfica).

Es una característica de los regímenes totalitarios que se pene, no sólo por los hechos expresamente previstos por la ley, sino por la violación de fórmulas vagas ("lo que va contra la conciencia del pueblo", falta de respeto al Estado, o a los magistrados, etc.). En esa forma nadie sabe cuándo ha delinquido ni cuándo será condenado.

(40) El primer Congreso Americano de Criminología declaró que "la analogía como fuente creadora de delitos o de sanciones debe proscribirse, no sólo por contrariar el principio de la legalidad sino también por razones fundamentales de técnica jurídica".

(41) "Las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario" (art. 9°, inc. 1° del Código Civil).

encierra en sí una causa de derogación, se sabe que en cierta oportunidad van a cesar sus efectos. Así, por ejemplo, durante la guerra última, se dictaron en nuestro país ciertas normas con eficacia mientras durara dicha conflagración. Otras veces se dictan leyes para resolver un problema circunstancial (una epidemia, la ayuda a los agricultores afectados por el granizo de tal fecha, etc.) [42].

Pero, normalmente, una ley puede ser derogada por otra norma jurídica de igual o superior jerarquía dictada en una fecha posterior.

La derogación puede ser *total*, cuando queda sin efecto toda la vieja ley y *parcial* cuando subsisten en vigor algunos de los preceptos de la ley anterior, siendo sustituidos o derogados los demás.

La derogación puede ser *expresa*, cuando la nueva norma dice cuál es la ley o cuáles son los artículos o disposiciones de la ley anterior que quedan sin efecto. Es *tácita* cuando la norma no dice expresamente que se derogan determinadas normas anteriores. Entonces, en virtud del principio de derogación que existe en el orden jurídico, ésta igual opera: entre dos normas contradictorias de igual jerarquía prima la posterior.

Se habla también de derogación *mixta* cuando la nueva ley, si bien no dice qué disposiciones deroga, en cambio expresa: "quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente". Sin embargo, esta fórmula es inútil; aunque ella no se estableciera, igual operaría la derogación tácita. Util es la derogación expresa, porque de esa manera se evitan los problemas que surgen para resolver si la nueva ley es contradictoria o no con todas las disposiciones de las leyes anteriores, porque lo difícil es determinar, a veces, si hay verdadera contradicción o no, pero, aclarado el punto, el problema desaparece, pues se produce la derogación tácita (43).

---

(42) COVIELLO entiende que, además de las circunstancias extrínsecas de abolición de una ley (por otra ley), existen causas intrínsecas a las que le otorga la misma eficacia. Entre ellas cita: 1) el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley; 2) la obtención del fin que buscaba la norma; 3) la desaparición de una institución jurídica.

En realidad, el mismo COVIELLO reconoce, que la ley subsiste aun cuando desaparezcan los motivos que le dieron origen, como cuando se producen cambios políticos cesando la autoridad de la cual emanó. (*Doctrina general del Derecho civil*, págs. 105-106).

En todos los casos mencionados, la ley, en puridad, no está derogada y si nuevas circunstancias la volvieran a hacer necesaria, se podría aplicar sin necesidad de dictarla nuevamente.

(43) "La derogación de las leyes puede ser expresa o tácita".

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la ley anterior.

Principio de la no retroactividad de la ley

El principio y su fundamento

El principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo es aceptado por todos los países y consagrado por casi todas las legislaciones. Significa que la ley no puede regir las relaciones y hechos pasados, que su efecto se limita al futuro.

La justificación de este principio surge fácilmente de la razón, el interés económico y la equidad. La ley, como todo orden normativo, sólo vale para el futuro; los actos ejecutados bajo el imperio de una norma jurídica deben continuar siendo válidos aunque la nueva norma exija otros requisitos. El legislador no puede reprobar, so pena de contradicción lógica, que se le haya obedecido antes porque ahora se haya dictado una norma distinta. Es lógico que así sea.

Existen, por lo demás, exigencias de utilidad social e interés económico que apoyan el principio. Las transacciones de los hombres necesitan para su desenvolvimiento, seguridad. Y ésta no existe si las personas cuando realizan un acto piensan que éste pueda ser anulado, porque no se ajusta a la ley futura. Es indudable que si un derecho, legítimamente adquirido pudiera ser arrebatado, si un hecho cumplido cuando era lícito pudiera ser luego castigado, no habría seguridad ni libertad, se viviría en una inquietud perpetua, se minarían los cimientos de la organización social.

Alcance del principio

Nuestro Código Civil en su artículo 7º dice: "Las leyes no tienen efecto retroactivo". La ubicación de la máxima en una ley -como lo es el Código por su jerarquía- hace que ella no sea obligatoria para el legislador el cual puede hacer leyes retroactivas.

En algunos países -como México- el precepto se establece en la Constitución y entonces no pueden existir leyes retroactivas.

En nuestro país, se han dictado leyes a las cuales se les ha dado efecto retroactivo, aunque el legislador ha usado de esta prerrogativa sólo en algunos casos especiales.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

"La derogación de una ley puede ser total o parcial" (artículo 10 del Código Civil).

La ubicación del principio en el Título Preliminar del Código Civil lo hace alcanzar a todas las materias (y no sólo al Derecho civil), con excepción del Derecho penal, para el cual hay normas especiales.

Doctrinas sobre la retroactividad de la ley

El problema

La máxima que dice que las leyes no tienen efecto retroactivo es aparentemente muy sencilla en su aplicación. Parece un axioma de evidencia intuitiva. Los profanos en Derecho la repiten e intentan aplicarla frecuentemente. Sin embargo, es una de las más oscuras, hasta el punto que hay legisladores (como los que hicieron el viejo Código alemán) que prefirieron no incluirla en la legislación.

De conformidad con el principio general las leyes no se aplican hacia el pasado. Esto significa que los hechos que se van a cumplir en el futuro serán regidos por la ley nueva y no caerán bajo la vigencia de la vieja. Dos personas contraen matrimonio cumpliendo los requisitos legales, luego una nueva ley exige una formalidad distinta. Aquel matrimonio siendo regido por la vieja ley es válido sin necesidad de cumplir el nuevo requisito que sólo se exigirá a los matrimonios que se realicen en el futuro.

Los hechos pasados son regidos por la vieja ley, los futuros por la nueva. Pero ¿los hechos en curso? Estos plantean el problema.

En la vida jurídica los hechos y actos no se producen en un solo momento. A veces se desarrollan en el curso del tiempo y mientras se encuentran en trámite aparece una ley nueva ¿cómo los afecta? Una persona se jubila y se le aplica la ley del momento en que lo hace; no lo afectará la nueva ley. Dos personas contratan: se les aplicà la ley vigente al día del contrato. Pero ¿si aquella persona se presentó a la Caja de Jubilaciones y cesó de trabajar y mientras se realiza el trámite surge la nueva ley? ¿Si mientras se cumple el contrato (por ejemplo un préstamo de dinero a interés) aparece una nueva ley que dice, por ejemplo, que el máximo de interés será el 10% y el préstamo estaba contratado al 12%, como era legal en el momento del contrato? ¿Cómo afectan estas leyes a esas situaciones que empezaron antes, pero tadavía continúan?

¿Qué criterio seguir? Hay muchas teorías al respecto. Para sisntetizarlas las dividiremos en dos grupos: las teorías subjetivas y las objetivas [44].

(44) Tomamos esta clasificación de un trabajo sobre el tema de CARNELLI. Los derechos adquiridos. Su proceso como doctrina en el problema del Derecho civil intertemporal, Revista La ley, t. II, pág. 1 (secc. doctrina).

Teorías subjetivas

Esta corriente está integrada por las doctrinas que tratan de resolver el problema de la retroactividad según la forma en que la ley afecta la situación de los individuos alcanzados por ella, según cómo ella interfiere en los derechos subjetivos.

Una de estas teorías es la de los derechos adquiridos y meras expectativas, doctrina tradicional expuesta originariamente por Merlin.

Según esa doctrina hay retroactividad si la ley afecta un "derecho adquirido" y no la hay si sólo destruye una "expectativa".

Derecho adquirido, según Merlin, es el que ha entrado en nuestro dominio, en nuestro patrimonio y no puede sernos quitado por aquel de quien lo adquirimos, como por ejemplo, los que resultan de un contrato o de un testamento, después de la muerte del causante.

Mera expectativa es la esperanza o posibilidad de adquirir un derecho. Así, por ejemplo, la que tiene un heredero testamentario (un hermano, por ejemplo), mientras no muere el causante (porque éste puede hacer otro testamento no dejando ningún bien a su hermano).

Según esta teoría la ley podría aplicarse mientras privara de meras expectativas, pero no de derechos adquiridos: si lo hacía era retroactiva. Así la ley que cambiara el orden sucesorio, se podía aplicar a los herederos cuyo causante aún no había fallecido, pero no a aquellos en que había fallecido el testador [45]. Es decir que la ley es retroactiva cuando afecta un derecho adquirido y no lo es cuando suprime una expectativa.

Esta doctrina es clara en su aplicación a los ejemplos mencionados, pero otros casos demostraban la dificultad. En efecto, cuesta, en muchos casos, determinar cuándo hay un derecho adquirido y cuándo una mera expectativa. Así, por ejemplo, dice Capitant que nadie duda que una ley que introduce el divorcio se aplica a los casados anteriormente, aunque pueda decirse que existía un derecho adquirido a la situación anterior.

(45) Así, por ejemplo, según nuestro actual orden de llamamiento se hereda hasta el cuarto grado en la línea colateral (primos). Un primo espera heredar de otro que no tiene otros parientes más cercanos; pero es una expectativa, si el primo hace un testamento puede disponer de sus bienes para después de su muerte en forma libre. Pero si muere sin testamento el primo, más que una expectativa, tiene un derecho, pues desde el instante del fallecimiento ya será heredero. Si viene una nueva ley que dice que se heredará sólo hasta el tercer grado en la línea colateral (sobrinos) ¿cómo se aplica? Para que no sea retroactiva no se podrá aplicar a la sucesión del causante que falleció, pues su primo ya tenía un derecho adquirido. En cambio, se podría aplicar si entró en vigor el día antes del fallecimiento, pues el primo (futuro heredero si no salía la ley), sólo tenía una expectativa. No habría aquí retroactividad.

Además la expresión es absurda: no hay derecho subjetivo que no sea adquirido. Y por otra parte, la modificación de toda una institución existente, ya que acuerda derechos, no implica hacer una ley retroactiva, de lo contrario la ley -salvo siendo retroactiva- no podía modificar nada. Así la ley que suprime la esclavitud o el derecho de propiedad se aplica, sin necesidad de darle retroactividad, a los esclavos y a los propietarios existentes y nadie puede dudar que aquí se destruyen "derechos adquiridos".

Esta teoría actualmente es rechazada por la mayoría de los autores.

Otra teoría subjetiva es la de las situaciones jurídicas abstractas y concretas.

Esta doctrina, expuesta principalmente por un autor francés, Bonnecasse, sostiene que hay retroactividad cuando la ley afecta una situación jurídica concreta y no hay cuando modifica una situación jurídica abstracta.

Situación jurídica, según Bonnecasse, es la manera de ser de una persona con respecto a una norma o a una institución jurídica. Situación jurídica es la manera de ser eventual o teórica de cada uno frente a la norma, es una situación específica para una persona, porque ya se ha producido el hecho por el cual aquella norma se hace aplicable a una persona. Situación jurídica concreta es la manera de ser concreta, específica para una persona, porque ya se ha producido el hecho jurídico que hace que la norma le sea aplicable. Cuando tengo derecho a jubilarme estoy en situación abstracta: cuando se me declara jubilado entro en situación concreta.El pariente que espera una herencia está en situación abstracta, pero cuando muere el testador está en situación concreta. La ley -salvo que sea retroactiva- no puede afectar estas situaciones abstractas, que son algo así como las meras expectativas de la teoría clásica.

Todas estas teorías subjetivas enfocan el problema bajo el mismo ángulo: tratan de decidir la retroactividad de la ley según el modo como afecte la situación o derecho subjetivo de los individuos. En lugar de estudiar el problema objetivo del presente y pasado para saber cuándo la ley se retrotrae afectando los hechos que ya deben considerarse "pasados", va a examinar cómo la ley afecta la situación de la persona. En realidad confunden la retroactividad con la injusticia.

Teorías objetivas

Los autores modernos consideran que no debe hacerse una distinción entre el pasado y presente en sentido jurídico y en sentido temporal como hacen las teorías subjetivas; consideran que en Derecho hay retroactividad cuando se va hacia el pasado, que no puede haber un concepto especial de presente y pretérito. No interesa cómo la ley afecta los derechos de los particulares, lo que hay que determinar es cuándo la ley invade el pasado para impedirlo.

Consideran los autores modernos que debe procederse objetivamente. La ley gobierna los hechos o actos, de ellos nacen las situaciones jurídicas; la misión del jurista es investigar el hecho para saber si se ha producido bajo la ley antigua o la nueva. Si el hecho se ha cumplido bajo la ley anterior no puede ser regido por la nueva ley. Interesa pues, saber cuándo se cumplió el acto (*fatto compiuto*).

La nueva ley, se dijo en un primer momento, no rige los hechos cumplidos sino los hechos nuevos. Pero, se agregó luego, también se rigen por la nueva ley las consecuencias inmediatas y directas de los cumplidos bajo la vieja [46]. Es decir que los hechos que han empezado a tener cumplimiento bajo el imperio de la vieja ley deben continuar regidos por ésta, pues si ella les ha prometido una protección luego no podría quitársela.

Desde luego, que esta teoría moderna, se encuentra también con dificultades para precisar hasta cuándo un hecho pasado puede seguir produciendo consecuencias jurídicas amparado por la ley anterior [47].

Conclusiones

Debemos reconocer que es éste uno de los problemas más difíciles para extraer conclusiones. Consideramos que la solución debe buscarse en las doctrinas objetivas. En efecto, aunque se habla de "conflicto de leyes", en realidad se trata de una colisión de hechos, o mejor dicho se trata de un hecho pasado que continúa produciendo consecuencias en el presente. En tal circunstancia la solución no puede estar en la situación subjetiva, sino en una cuestión objetiva. En realidad, más que de leyes que tratan de invadir el pasado para ser retroactivas, debemos hablar de hechos que invaden el presente y el futuro. Todas las leyes se desenvuelven hacia adelante y si alguna provoca cuestiones, es la antigua, que pretende sobrevivir rigiendo a los hechos que del pasado se vienen hacia el presente. Siendo ésta la realidad, siendo los hechos que provocan el conflicto, el criterio para resolverlo debe basarse en ellos, debe ser objetivo, teniendo en cuenta hasta cuándo se puede permitir que la vieja ley rija los hechos actuales que son una prolongación de los pasados. Los autores modernos hablan entonces en lugar de retroactividad [48] de ultra-actividad. Es decir que todas las leyes se desenvuelven hacia el futuro y si alguna provoca cuestiones es la antigua

(46) COVIELLO sintetiza así su posición en esta doctrina: "La máxima la ley no tiene fuerza retroactiva, significa que el Juez no puede aplicarla a los hechos pasados o desconociendo las consecuencias realizadas, o quitando eficacia o atribuyendo una diversa a las consecuencias nuevas, sobre la única base de la apreciación de un hecho pasado". (*Doctrina general del Derecho civil*, pág. 120).

(47) Entre otros y más ampliamente, ver el criterio dado por PUGLIATTI (*Introducción al estudio del Derecho civil*, México, 1943, págs. 86 y 87).

(48) Conforme CARNELLI, *trabajo citado*, pág. 21.

Un estudio general de este problema puede verse, entre los autores modernos, en FACE, *Il Diritto transitorio con particolare riguardo al Diritto italiano*, Milano, 1944.

que pretende supervivir, rigiendo a los hechos que del pasado se proyectan en el presente.

La retroactividad de la ley penal

El principio de la no retroactividad de la ley sufre una modificación en materia penal; se admite, generalmente, en este caso, la retroactividad de la ley benigna [49]. Es decir que la ley penal no es retroactiva salvo que sea más benigna.

Se entiende por ley más benigna la que favorece al reo, ya sea porque suprime un delito o porque disminuye la penalidad (50).

Este principio está establecido en nuestra ley, que establece que habrá retroactividad total cuando la ley suprime un delito; cesando en este caso los efectos del proceso e inclusive de la condena y también hay retroactividad cuando la ley disminuye la pena; pero en este caso se aplicará la nueva ley siempre que no exista todavía una sentencia definitiva (51). Es decir que el que ha sido condenado definitivamente, aquel cuyo proceso está definitivamente terminado, no recibe los beneficios de la nueva ley más benigna, si esta benignidad consiste en disminuir la pena.

LA LEY EN EL ESPACIO

Así como debemos resolver el problema de la aplicación de la ley en el tiempo lo mismo sucede con respecto a las interferencias de la ley en el espacio. En efecto, cada sociedad nacional crea su Derecho privado para satisfacer sus propias necesidades. La vigencia de cada Derecho privado está limitada a la sociedad nacional correspondiente, tiene como ámbito de validez los límites del Estado. Pero el hombre o la sociedad no viven aislados, sino que se interpenetran por obra de sus múltiples contactos y las relaciones jurídicas ya no van a ser totalmente nacionales sino internacionales o extranacionales. Como dijimos más arriba es posible que se casen dos personas y pasen a vivir a otro país, que se haga un contrato de compraventa entre comerciantes de diversos países, que una persona teste en un país, muera en otro y tenga sus bienes en un tercero. El Derecho internacional privado, dijimos, rige estas relaciones. Es que es imposible que cada Estado pretenda imponer su Derecho porque llegará un momento en que será imposible la solución cuando cada particular quiera aplicar su propia norma. Es imprescindible, entonces, encontrar una solución para resolver los problemas de Derecho, especialmente dos de estos problemas: cuál es el Juez competente para resolver la cuestión y qué ley debemos aplicar a ésta.

En general existen en el Derecho dos tendencias fundamentales, la de la ley personal y la de la ley territorial. La primera tiende a imponer la primacía de la ley de la persona, ya sea la de su domicilio (tendencia que predomina en América) o la de su nacionalidad (tendencia que predomina en Europa). Si un argentino vive en Uruguay adquirirá su capacidad a los 21 años (ley uruguaya) y no a los 22 (ley argentina). Esta ley se reserva generalmente para regular todo lo concerniente a la persona y sus relaciones de familia (capacidad, matrimonio, filiación, divorcio, etc.).

La teoría de la territorialidad sostiene que la ley tiene vigencia sólo dentro del Estado que la dictó, por lo que debe regular todas las relaciones jurídicas que se dan dentro de ese Estado, aunque sean extranjeras o vivan en el extranjero las personas involucradas. Esa ley se reserva generalmente para regular todo lo referente a los bienes, que se rigen así por la ley del lugar en que están situados.

En general, existen muchas soluciones intermedias y los diversos tratados internacionales, que deben suscribir los países para resolver estos conflictos, unas veces aceptan una u otra teoría, según para la relación de que se trate.

La más moderna tendencia del Derecho internacional privado, trata de que se cree por medio de los tratados, un nuevo Derecho (distinto a los de cada nación) para regir las relaciones jurídicas extranacionales [52]. Aunque en realidad estamos aún muy lejos de esta solución. El aumento de las relaciones internacionales, la realización de nuevos tratados, los intentos de unificar, por encima de cada Estado las legislaciones, abren amplios horizontes para la solución de los problemas que plantea la ley en el espacio. No obstante ello, debemos señalar, que aún nos encontramos en una etapa bastante atrasada de esta rama del Derecho internacional, como con respecto al público, al que nos referiremos. (Unidad X).

---

(49) Decimos "generalmente" porque es ésta la posición más aceptada, pero no la única. Hay autores que han sostenido que en materia penal debía regir el principio de la no retroactividad total, así como otros se han opuesto totalmente, solicitando para el Derecho penal, la retroactividad en todos los casos, sea la ley más benigna o más severa.

(50) Ver respecto del criterio de nuestros jueces sobre la benignidad: La Justicia Uruguaya, caso Nº 3026.

(51) Dice al artículo 15 del Código Penal: "Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena, en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada por sentencia ejecutoriada".

(52) Quintín ALFONSIN, *Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, 1955.

Lecturas recomendadas para esta unidad

GENY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes de Derecho privado positivo.* Prólogo de Saleilles al mismo libro.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *Interpretación e integración del Derecho*, en Revista de Derecho Público y Privado, t. X, págs. 159 y sigts.

GARCIA MAYNEZ, *Introducción al Derecho*, t. II

Para retroactividad de la ley.

ROUBIER, *Conflits des lois dans le temps.*

FACE, *Il Diritto transitorio con particolare riguardo al Diritto italiano*

CARNELLI, *Los derechos adquiridos, su proceso como doctrina en el problema del Derecho civil intertemporal*, en Revista La ley, t. II, págs. 1 y sigts.

UNIDAD VI

EL ESTADO

ELEMENTOS. - NATURALEZA DEL ESTADO. - ESTRUCTURA. FINES. - FUNCIONES

Sociedad y Estado

El Estado es una de las diversas maneras de organizarse la Sociedad. Esta, históricamente, ha tenido formas variadas de organizción (clan, tribu, "civita", etc.). La organización jurídica de la sociedad en su forma actual se llama Estado.

El fenómeno primario es la sociedad, el hombre vive siempre reunido y debe ser rechazada la hipotética concepción de un estado de naturaleza, porque, justamente, el estado natural del hombre es el social.

La sociedad es un todo orgánico y no la simple suma de individuos. Es una unidad formada por la compleja red de intercambios de ideas, sentimientos, emociones, de los individuos que la componen, de modo que los hombres son simples partes de ese todo que tiene una vida propia, pues ellos pasan y la sociedad y sus diversas organizaciones (las instituciones) permanecen.

Esta sociedad ha existido siempre. En todas las épocas el hombre ha estado comprendido en ese complejo social y ha sido una parte del mismo, experimentando siempre el efecto de su vinculación con el todo. Desde las épocas primitivas hasta nuestros días el individuo ha sido una parte de la vida social, una célula del organismo, aunque las formas de organización social y los lazos que lo han unido a los demás hombres, han cambiado fundamentalmente según las etapas históricas. En ese sentido puede decirse, que la evolución y el progreso marcan el aumento de la sociabilidad, siendo los vínculos de hoy más complejos que nunca.

Quiere decir, pues, que la sociedad es un todo complejo, en el cual sus componentes quedan sumidos y se convierten en parte de él, pero con la particularidad de que no pierden sus características individuales. La sociedad es una combinación, no una mezcla, pero en ella, a pesar de que las partes hacen nacer un nuevo ser, éstas no pierden sus cualidades intrínsecas, ni sus fines propios

El Estado es una forma de organizarse políticamente la sociedad y por una evolución histórica, se ha llegado al Estado, que no es la primera, sino una de las tantas, ni tiene por qué ser la última. Las organizaciones internacionales así parecen demostrarlo.

La mayoría de los autores están de acuerdo en afirmar que el Estado según la concepción social del mismo, nació en la Edad Moderna.

En el Mundo antiguo la comunidad tenía otro marco y otro sentido que el Estado actual. En Grecia y en la Roma primitiva la organización política de la sociedad era la ciudad (polis, civitas). La palabra República (res-pública), emana de la idea de que la organización es una institución común a todos los ciudadanos romanos y significa un nuevo avance de la ciencia constitucional. Y cuando el Estado romano, con el transcurso de los años se extendió considerablemente, comenzó a userse la palabra imperium en el que ya se acentúa el elemento decisivo del concepto del Estado moderno: el poder o la potestad de mandar (Soberanía).

Quizá la organización romana es la que en la Historia está más cerca de lo que va a ser nuestro "Estado".

La palabra Estado se empieza a usar en la Edad Media [1]. En el Derecho germánico fue donde primeramente apareció la denominación "Reich" (Estado) *-de regnun-* destacándose así también, el factor poder o dominio (*regnare*, reinar).

Estimológicamente, la palabra procede del léxico jurídico italiano y es usada en un primer momento asociada al nombre de determinadas ciudades (Stato di Firenze), siendo una palabra latina, *status* que significa ordenación o estado de la convivencia.

Pero a pesar de surgir la palabra en la Edad Media, no existe el Estado, porque en ese momento la división del poder político era tan acentuada, que casi todas las funciones que el Estado Moderno reclama para sí, hallábanse entonces repartidas entre los más diversos depositarios: la Iglesia, el señor feudal, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados. En ese momento había una verdadera poliarquía inconciliable con el concepto moderno de Estado.

Los diversos estamentos que componían la organización social del medioevo se repartían los poderes entre sí, no dejando lugar para el Estado. A comienzos de la Edad Moderna, éste tiene que empezar a encargarse de algunas funciones, que hasta entonces corrían a cargo de la familia, la Iglesia u otras instituciones o que, simplemente, respondían a nuevas necesidades. Eran, especialmente, materias relacionadas con las comunicaciones, con la administración de la justicia y con lo cultural. Las innovaciones revolucionarias de la técnica de ese tiempo, debían ser aprovechadas por el

(1) PRELOT, *Institution Politique*, Précis Dalloz, págs. 1 y 9 a 17.

Estado, para no quedar retrasado respecto a las demás organizaciones. Y el factor escencial de unidad fue la necesidad de crear un ejército permanente, mercenario, en virtud de que la caballería pierde su función política a causa de la transfomación de la técnica guerrera.

En el siglo XVI, los príncipes consiguen imponer a sus súbditos contribuciones económicas, sin necesidad de que éstas sean votadas por los estamentos a los cuales se imponen. Es un paso importante en la absorción y unificación del poder

Pero es indudable que la unidad jurídica y de poder del Estado fue, en el Continente Europeo, obra de la Monarquía absoluta y que el último rival del poder etático fue la Iglesia.

Surgió así el Estado conforme a la noción moderna que tenemos del mismo, como una organización política de la sociedad, que tiene el poder supremo dentro del ámbito territorial.

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ESTADO

Dar un concepto científico del Estado importa entrar a considerar el problema de la naturaleza o esencia del mismo, lo que haremos más tarde. Los autores, según su posición frente a cuál es la naturaleza íntima del Estado, tienen cada cual un concepto distinto del mismo.

Provisoriamente daremos una definición objetiva y diremos que el Estado es un conjunto de hombres que viven en un territorio determinado y están sometidos a un único poder soberano.

Es ésta la descripción del Estado a través de sus elementos que son tres: el territorio, la población y el poder.

Territorio

1) Concepto

El territorio es la base física del Estado. Está constituido por el espacio en el cual se ejerce su autoridad.

Desde muy antiguo se ha destacado la importancia que tiene el hecho geográfico para la vida estatal. Y no puede negarse la influencia de este factor en la organización del Estado, sin exagerar su gravitación.

Una región geográfica cerrada posibilita y estimula la creación de una entidad político-social unida: los hombres que viven en la misma tierra están sometidos a semejantes condiciones espaciales de ordenación y de vida. La influencia de este elemento es importante, pero desde luego no es esencial, pues realmente ningún hecho geográfico tiene importancia política con independencia del obrar humano. Así una comunidad de hombres

viviendo en una gran territorio, puede ser de menor potencialidad politica que una que vive en una pequeña porción de tierra. Venecia y Fenicia fueron grandes potencias. China por mucho tiempo no lo fue. Además, la situación geográfica de un territorio es relativamente constante, en cambio, su situación politica no lo es (Inglaterra, Egipto, Italia, etc., son ejemplo claros de esto).

2) Necesidad del territorio

¿El territorio es imprescindible para el Estado?

Algunos autores han dicho que no es un elemento esencial que basta la existencia de hombres organizados politicamente aunque no estén asentados en ningún territorio determinado o único, para que se pueda decir que allí hay un Estado. Duguit, aunque admitiendo que todos los Estados modernos tienen un territorio, dice, sin embargo: "El territorio no es un elemento indispensable en la formación del Estado. Con esto queremos decir que se puede perfectamente concebir que una diferenciación politica se produzca en una sociedad que no está fijada en un territorio determinado, en el sentido general de la palabra se dirá que allí hay un Estado" (2).

A pesar de esta opinión debemos entender que el territorio es esencial.

Hay otros grupos sociales, de base exclusivamente humana, constituidos solamente por un determinado número de hombres, en los cuales el elemento territorial no interviene nada mas que como medio de hacer una subdivisión o limitar la agrupación. Por ejemplo, la Iglesia, ciertas organizaciones de partidos internacionales, la masonería, etc.

Por el contrario, cuando se trata del Estado, el elemento territorial es esencial, los hombres deben estar permanentemente adheridos a una tierra y en ella se ejerce el poder jurídico de la organización.

El gobierno español, luego de la Revolución derrotada por Franco, funcionó en México, se reunieron las Cortes, se deliberó y se dictaron normas; pero no era mas que un gobierno: su Derecho no podía imponerse a las personas que vivían en la tierra mexicana porque éstas estaban sometidas al orden jurídico del Estado de México. Los judíos constituían un pueblo, una nación esparcida por el mundo, pero mientras no tuvieron un territorio independiente no pudieron considerarse Estado (3).

(2) DUGUIT, *Manuel de Droit constitutionnel*, pág. 48.

(3) Dice BARTHELEMY criticando la posición de DUGUIT: "Estas palabras significan que él quiere llamarlo Estado a una tribu nómade. Nosotros no tenemos derecho a impedírselo, lo único que debemos hacer es tratar de buscar lo que según el estado actual de nuestra civilización y según el sentido más generalmente atribuido a esta expresión constituye un Estado moderno". (BARTHELEMY ET DUEZ, *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, 1933, pág. 284). Tan necesario es

Al estudiar el tercer elemento del Estado, el Poder estatal, vemos que sobre un territorio solamente puede existir un orden jurídico soberano y por ello el territorio además de imprescindible, es único e impenetrable. No pueden ejecutarse dentro de él actos de autoridad por otro Estado ni invadirse su esfera espacial (4).

3) Derecho del Estado sobre el territorio

Se ha discutido cuál es el derecho que el Estado tienen sobre el territorio o mejor dicho, cuál es la relación que los une.

Antiguamente se creía que era una relación de dominio, es decir que el Estado era propietario del territorio, que tenía un derecho real sobre el mismo. Este es un resabio de la época feudal en la cual el territorio se consideraba siempre propiedad del señor, cuando el monarca sustituyó a éste, también se le consideró como propiedad suya.

Los autores modernos han puesto de manifiesto que el Territorio es un elemento constitutivo del Estado, que forma parte de su esencia, no una propiedad; el derecho que existe sobre éste, según ellos, se ejerce a través de las personas, es de imperio y no de dominio.

La tierra puede ser propiedad de los particulares, también puede ser propiedad del Estado. El edificio de la Jefatura de Policía es de propiedad del Estado. También hay otros bienes, como las calles, que son de propiedad pública y no pertenecen al Estado como persona de derecho privado. Pero independientemente de estos derechos, el Estado ejerce su autoridad sobre el territorio a través de las personas que lo habitan, como dice Jellinek, principal sostenedor de esta posición, sin sujetos humanos no hay territorio sino partes de la superficie terrestre. Jamás el Estado puede ejercer su dominio territorial sin pasar por el intermediario de los sujetos. No existe aquí lo que caracteriza los derechos reales: la relación directa entre el sujeto

el territorio que el Vaticano obtuvo un trozo de tierra y desde ese momento cesaron los problemas. Era ese un Estado sin territorio: constituía una excepción.

(4) Los autores suelen señalar varios casos de objeciones a esta impenetrabilidad y exclusividad del territorio del Estado. El caso de condominio o coimperio por el cual dos Estados ejercen la soberanía sobre un mismo territorio, el Estado Federal, el caso de invasión en épocas de guerra, el otro en el que el Estado permite a otro ejecutar actos de soberanía en su territorio, el de la extraterritorialidad de los diplomáticos extranjeros, etc. En realidad son objeciones más aparentes que reales, pues en la mayoría de estos casos hay una facultad otorgada por acto soberano de un Estado a otro y esto más que demostrar la ausencia del derecho sobre el territorio es una afirmación del mismo. (Ver ROJINA VILLEGAS, *Introducción y teoría fundamental del Derecho del Estado*, México, 1944, Nº 2751. Conforme KELSEN, *ob. cit.*, pág. 152).

(Estado en este caso) y el objeto (territorio). Estamos frente a un caso de derecho personal, a una relación de *imperium* y no de *dominium*; el *imperium* es el poder de mandar y no se puede mandar otra cosa que a las personas [5].

4) Limites del territorio

El territorio del Estado comprende no solo la superficie terrestre, sino también las aguas que están en sus confines, el espacio aéreo y el subsuelo. Por eso más correctamente debemos decir espacio. Kelsen ha señalado la idea de que el territorio no es, como suele creerse, una superficie, sino un espacio "tridimensional". La acción del Estado se existiende no sólo en longitud y latitud sino también en altura y profundidad. Por eso dice que la forma que tendría el Estado, si la superficie fuera circular, sería de un cono cuyo vértice está en el centro de la tierra [6].

Los limites terrestres del Estado están formados por fronteras naturales o artificiales. Los limites naturales son, por ejemplo, una cadena de montañas en cuyo caso, salvo convención expresa la linea está determinada por los más altos picos; limites artificiales son los que surjen de las convenciones entre Estados para fijar sus fronteras y consisten en lineas divisorias imaginarias señaladas por mojones, muros, etc.

Cunado el limite de separación entre dos Estados es un rio, los dos criterios más usados son el de dividirlo por la linea media o por la linea de mayor profundidad (talweg). Generalmente para los rios navegables o flotables se usa el criterio del talweg, porque como la linea más profunda no coincide con la linea media, si se usa este criterio los dos Estados no podrian tener acceso a la principal utilización del curso: la navegación.

(5) Algunos autores modernos han vuelto a la concepción de que el Estado tiene un derecho real sobre el territorio, aunque distinto al derecho de propiedad. Dice DABIN: "Se dice que el pretendido derecho sobre el territorio no es en realidad mas que un poder sobre las personas. Sin duda, como lo señalan esos autores, el poder de utilización del territorio se resuelve finalmente en un derecho que pertenece al Estado de ordenar a los propietarios de los terrenos sobre los que ha puesto sus miras (casos de expropiación...) que se abstengan de toda resistencia a la utilización proyectada: caso de soberania personal, de imperium por consiguiente. Pero ¿no pasa siempre asi cuando se ejerce un derecho sobre una cosa incluyendo el derecho de propiedad privada? Por definición el derecho, inclusive el real, supone otros hombres a los que se les opone y que están obligados a respetarlo. De alli resulta también que si el Estado tiene el derecho de ordenar a los propietarios la abstención, es porque tiene si no sobre los terrenos mismos, al menos sobre el territorio del que esos terrenos forman parte integrante, un derecho real de uso que, en aquellas circunstancias en que el interés público está de por medio, es superior al derecho privado de los propietarios". (Jean DABIN, *Doctrina general del Estado*, México, 1964, págs. 47 y 38). No parece aceptable está posición.

(6) KELSEN, *ob. cit.*, pág. 51.

Actualmente los nuevos hechos, como la utilización de la energia de los rios, van influyendo en el cambio de estos criterios, haciéndose convenciones para el aprovechamiento común.

Cuando se trata de un lago o un mar interno, la linea limitante es la recta que une los dos puntos de los confines de los Estados sobre la ribera opuesta (Lago de Ginebra entre Francia y Suiza, Mar Caspio, Laguna Merin, etc.).

Cuando linda con el mar el limite es una linea paralela a la costa determinada en forma variada; pero siempre se ha entendido que hay una parte de mar territorial que forma parte del espacio estatal. El motivo es fácil de prever, hay razones financieras, militares (de seguridad) y económicas, (utilización del mar, la sal, la pesca). La extensión es diversa, ha pasado del tiro de cañón que se fijó en tres millas marinas (5,555 m. de linea costera de las mareas más bajas) a seis millas o más. Modernamente los paises costeros han reclamado, en las últimas conferencias, un gran ensanchamiento del territorio maritimo. Hoy es pacificamente aceptado que los Estados tienen soberania a todos los efectos en su mar territorial, que tiene una extensión de doce millas; y una soberania funcional a los efectos de su exploración y explotación de los que se ha llamado "la zona económica exclusiva", que tiene una extensión de doscientas millas marinas a partir de la costa. A los fondos marinos y oceánicos actualmente se les considera patrimonio común de la humanidad.

En cuanto al espacio aéreo el dominio ya no es ilimitado como antes. Al menos fuera de la atmósfera se consolida poco a poco la tesis de considerarlo patrimonio común de la humanidad; está sujeto a Tratados internacionales que limitan el poder del Estado (satélites, órbita geo estacionaria, etc.). En cuanto a la capa inferior -con limites que se discuten- es territorio del Estado; allí es el Estado el que autoriza o no el sobrevuelo de aviones de compañías de otros paises.

En ambos espacios (maritimos y aéreo-espacial) la normativa es muy fluida, cambia rápidamente. No obstante podemos afirmar que en materia maritima el Estado ha ensanchado sus poderes y la humanidad en su conjunto ha reivindicado derechos; y en el ámbito del espacio aéreo y espacial, aunque también se han registrado cambios en el régimen juridico, la evolución en este campo es más lenta.

El territorio convertido en espacio es el lugar donde se aplican las normas juridicas del Estado y adquiere importancia, precisamente, porque constituye el ámbito de validez de dichas normas [7]. En ese sentido podemos decir: dentro de los limites que trazamos al territorio del Estado se aplican

(7) KELSEN, de acuerdo con su posición formalista, considera que la única existencia del territorio es justamente ésta: ser el ámbito de validez del orden juridico estatal. Es decir, que sustituye el concepto material geográfico (delimitado por fronteras), por un concepto juridico según el cual, será siempre territorio del

las normas de este y todo lo que se encuentre en ellos está sometido a su autoridad.

Población

1) Concepto

El pueblo es otro de los elementos del Estado y está constituido por todas las personas que habitan el territorio. Se trata de todos los hombres sometidos al poder jurídico del Estado. Es este poder u organización jurídica, lo que le da unidad a ese grupo de hombres convirtiéndolo en el segundo elemento del -Estado, la población [8].

Un hombre o algunos hombres no bastan para formar un Estado; la cantidad es condición necesaria de toda agrupación, pero el número, en realidad, tiene poca importancia.

Alguna vez los autores se han preocupado de la cantidad de habitantes que podría tener un Estado, pero lo han hecho más bien para concebir un Estdo ideal [9]. Debe ser una organización social, compuesta de una cantidad

---

Estado, el lugar donde se apliquen, en forma normal o excepcional, sus normas jurídicas. Puede haber partes dentro de fronteras que no sean el territorio, casos de invasión, de co-imperio, etc. Y como "toda auténtica delimitación de la vigencia en Derecho positivo sólo puede provenir de una norma superior... la función específica del Derecho internacional consiste en delimitar los órdenes jurídicos de los Estados particulares en su vigencia espacial" (*ob. cit.*, pág. 151). Será, pues, territorio del Estado el lugar donde éste puede aplicar sus normas de conformidad con el orden jurídico internacional.

Es natural que, aceptado que el Estado es un sistema de normas y nada más que eso, se está admitiendo, implícitamente, que el tiempo y el espacio son contenido de las normas y consecuencia de éstas. Se sustituye el concepto naturalista del territorio por el concepto verdaderamente jurídico: hay territorio allí donde la norma tenga vigencia. Para KELSEN igual que para DUGUIT, aunque por razones distintas, tampoco es esencial el carácter sedentario del Estado (*ob. cit.*, pág. 150).

(8) Para KELSEN la unidad del pueblo, lo mismo que la del territorio, está fundada en la unidad del orden jurídico. Una pluralidad de hombres, no es pueblo del Estado sino porque existe en orden jurídico unificado que tiene como ámbito personal a dichos hombres.

Los hombres forman parte de la población del Estado -y solamente en cuanto personas de Derecho, es decir, como centros de imputación de normas- en cuanto se trata de un conjunto de acciones u omisiones previsto por un orden jurídico. Puede haber hombres dentro del Estado que escapan al régimen del mismo (diplomáticos) y otros que están fuera de él pero quedan vinculados a su orden jurídico (ciudadanos). (KELSEN, *ob. ...* pág. 155).

de personas, entre las cuales exista una cierta división del trabajo y una determinada variedad en las condiciones de vida, que es justamente lo que requerirá la unidad de poder o de disciplinas que se llama Estado. Pero esto no quiere decir que aceptamos la idea de "autarquía" es decir la aptitud de una población de bastarse a sí misma, sobre todo desde el punto de vista económico, que exigían algunos autores de la antigüedad. Esta idea contraría la realidad moderna del aumento del intercambio entre los Estados y los individuos que componen los mismos, que es, por otra parte, una manifestación del progreso.

2) Caracteres de la población

Más importante que este problema es el de saber qué característica debe tener un grupo de hombres para constituir una población de Estado, es decir, de acuerdo a qué principio, racional o empírico, se clasifican las poblaciones entre los diversos Estado en que se divide el mundo. ¿Cualquier grupo de hombres puede constituir la población de un Estado o es necesario que ese grupo tenga una peculiaridad especial?

En la práctica y en nuestros días es el principio nacional aunque entendido de manera muy diversa, el que se propone generalmente como criterio racional.

Una tendencia que en la historia se ha puesto de manifiesto más de una vez, afirna que los Estados deben hacerse sobre bases nacinales, es decir, que allí donde hay una nación hay un Estado. Esto nos obliga a aclarar primero qué se entiende por Nación.

3) La Nación. Concepto

La Nación es un grupo de hombres con caracteres comunes, vinculados por ciertos elementos que se llaman factores nacionalizantes. ¿Cuáles son esos factores, de dónde deriva el carácter nacional?

Algunos lo han fijado en la raza. Ciertos autores consideran que de la raza derivan ciertos caracteres no sólo físicos, sino también espirituales, formándose así la comunidad nacional. Pero esta idea carece de base científica: está demostrado que la raza pura no existe, actualmente todos los pueblos son productos de mezclas y la antropología no ha podido ponerse de acuerdo para llegar a ningún tronco origianl. Hay investigaciones que señalan sólo tres razas, otros treinta y dos, otros más de sesenta.

---

(9) ARISTOTELES entendía que 10.000 era el número de habitantes ideal y PLATON, en su Estado, por progresiones matemáticas llegaba a 5.040. Son todos criterios inadmisibles científicamente. El límite numérico adquiere más sentido como exigencia práctica: por ejemplo la Constitución de los Estados Unidos de Norte América exige, entre otros requisitos para aceptar nuevos Estados, una población no inferior a 50.000 habitantes.

Se ha hablado también de *lenguaje*, la *religión*, la *comunidad geográfica*, el *pasado común*. Sin duda todos estos factores intervienen en proporción variable según los casos, aunque ninguno de ellos, exclusivamente, puede fundar el concepto de nacionalidad. Hay naciones que tienen más de un lenguaje (Suiza, por ejemplo). En Italia dos personas pueden hablar dialectos distintos que no se entiendan entre sí. La religión, fundamental es algunos casos (la nacionalidad judía se basa principalmente en ella y en el pasado común), no lo es en otros, en los cuales dentro de una Nación se profesan distintas creencias. La comunidad geográfica y el pasado común tienen en algunos casos mucha importancia, en otros no.

Nosotros entendemos que la Nación se funda principalmente en factores psicológicos o espirituales [10]. Recién decía que era un plebiscito de todos los días, esto es la voluntad de vivir en común, determinada principalmente por factores espirituales (como la tradición común, por ejemplo) aunque este elemento subjetivo pueda estar determinado por los factores objetivos. Es muy difícil una comunidad espiritual con distinto lenguaje. El caso suizo es una excepción. La comunidad geográfica también es esencial porque determina nacionalidades y las crea y modifica a veces, a través del tiempo. Caso raro es el pueblo judío manteniendo el sentimiento nacional a pesar de vivir separado.

¿Debe la población del Estado ser una nación? [11]

Ya dijimos que algunas veces, en la Historia, ha primado esta posición [12], pero es indudable que si bien puede considerarse que es, en cierto modo

---

(10) Es este uno de los problemas en que hay más variedad de criterios. Nos inclinamos por la opinión expuesta, coincidiendo con la mayoría de los autores. Dice DUGUIT: "...el elemento esencial de la unidad nacional, es necesario buscarlo en la comunidad de tradiciones, de necesidades, de aspiraciones. La humanidad se ha dicho, está hecha más de los muertos que de los vivos; la Nación también, el recuerdo de las luchas emprendidas, de los triunfos logrados... Para no citar mas que un hecho, la Guerra de Cien Años y los recuerdos imborrables que ella ha dejado en las conciencias francesas, ha sido una de las causas más activas de la formación del sentimiento nacinal". (*Manuel de Droit constitucionnel*, págs. 52 y 53).

(11) Nosotros partimos de que una cosa es el pueblo del Estado -todos los hombres que viven en un momento determinado y están alcanzados por el poder jurídico de este- y otra la Nación. Sin embargo las concepciones de los autores están lejos de coincidir sobre esta aspecto, estando a menudo separados hasta por cuestiones de significación de términos. Hay autores para los cuales el concepto de Nación coincide con el del Estado o por lo menos hay una tendencia de la Nación a convertirse en un Estado.

(12) A mediados del siglo XIX podemos situar el movimiento de las nacionalidades que tuvo dos sentidos, uno centrífugo en virtud del cual se rompió el Imperio Turco de Europa, creándose nuevos Estados nacionales; otro centrípeto por el cual se forjó la unidad de Alemania e Italia.

ventajoso que los individuos que forman un Estado estén unidos por los factores nacionalizantes y no existan en el seno de la comunidad política grupos separados, esto no puede ser absoluto. El Estado es una organización jurídica de hombres, sean cuales fueran los vínculos que los unen, exigiéndose solamente que se trate de una comunidad voluntaria.

El ejemplo del Estado judío es una clara demostración de como con una nación se forma un Estado. Pero en cambio se citan distintos casos en los cuales dentro de un mismo Estado coexisten varias nacionalidades: Rusia, Yugoeslavia, Checoslovaquia, etc. Pero nuestra época parece ser aquella en la cual las nacionalidades se rebelan y pretenden formar Estados independientes, lo que está sucediendo, justamente, en estos países que antes se ponían como ejemplos.

No podemos negar que nuestra época es contradictoria, por un lado se tratan de formar uniones de Estados (Unidad X) por la otra los nacionalismos reclaman su independencia. En definitiva no hay reglas, sólo podemos decir que lo que exige la Teoría General es que exista una unidad jurídica en la población y se base en la comunidad voluntaria. Es decir la población no debe constituir una unidad nacional sino política. [13]

Poder estatal

1) Importancia de este elemento

La mayoría de los autores destacan la importancia fundamental de este elemento. Algunos consideran que los otros dos son "elementos anteriores

---

En ambos casos la misma idea: allí donde hay una Nación debe haber un Estado; al mismo son que se hicieron las revoluciones contra el Imperio Turco y se forjó Bélgica, se sostuvo por MAZZINI que las ciudades italianas -pluralidad de Estados- por constituir una nación, tenían el derecho de formar un solo Estado.

Una manifestación de esta posición presidió la creación de nuevos Estados europeos por el Tratado de Versalles (ejemplo: Polonia, caso típico de Nación). También esa posición -fundada en la errónea base racial- hizo sostener a los nacionalistas la existencia de un Estado alemán ario, por el que se excluía a todos los no arios que vivían dentro del territorio y en cambio se incluían a los arios que vivían afuera.

(13) No interesa entonces -y entendemos que excede los fines del curso- considerar la teoría de que el Estado no es más que la personificación jurídica de la nación, siendo ésta elemento esencial e imprescindible al concepto de Estado (teoría francesa), ni la teoría que dice que la nación es un órgano del Estado, esto es el conjunto de hombres que tienen la facultad de querer -de tener una voluntad- por el Estado (JELLINEK).

al Estado" (Dabin), o "condiciones extrínsecas para que el Estado pueda nacer" (Bigne de la Villeneuve), siendo este el esencial.

2) Concepto [14]

En toda agrupación social es necesaria una organización; determinada disciplina impuesta a los miembros por una autoridad. En la comunidad político-social es el poder que en el Estado se identifica con la organización política (o jurídica). Es la organización jurídica que existe en el seno de la sociedad, dotada de los caracteres específicos del Derecho y especialmente de la coercibilidad. Es un poder de mando que se impone a todos los individuos encerrados en la órbita del Estado (territorio) en forma total. Todos los demás poderes u organizaciones jurídicas que hay en el Estado están sometidos a aquel.

Este poder se ejerce por medio del Gobierno.

3) Caracteres

El poder tiene caracteres propios que lo diferencian de los otros que existen en las diversas organizaciones sociales. Es *originario*, es decir que no deriva de ningún otro poder. Jellinek señala que hay poderes que derivan de otro, como el caso del Municipio que es una organización de poder que proviene del Estado, (y es constituido por una norma jurídica -ley municipal- dictada por éste) o los Estados miembros de un Estado federal, cuyo poder proviene de éste. En cambio el poder estatal es originario, porque la corporación se da a sí misma su propio poder sin obtenerlo de ningún otro.

Es *forzoso, es ineludible*. Nosotros estamos dentro del poder del Estado y no podemos escaparnos de él a pesar de nuestra voluntad, cuando queremos. Aunque estuvieran dotadas de autoridad -la Iglesia, una asociación o un gremio- no tendrían la posibilidad de imponernos el cumplimiento de sus preceptos en forma absoluta, porque siempre cabe la posibilidad de salir de las mismas. En cambio el poder del Estado, por ser jurídico, tiene el carácter de ser coactivo; esto es, la capacidad de imponer sus mandatos por la fuerza, sin que podamos escapar de su orden normativo.

---

(14) Naturalmente que, con relación al poder del Estado, como con respecto a los demás elementos, cada autor tiene una posición según su idea de la naturaleza del Estado. Para JELLINEK es un poder de voluntad, la voluntad que surge del conjunto de hombres que forman el Estado y que tiene caracteres especiales. Para DUGUIT es un simple poder de hecho basado en la fuerza -física, espiritual, económica, numérica- que tienen los gobernantes sobre los gobernados. Y para KELSEN, según quien Estado es un orden bajo cuya autoridad están los hombres, el poder "no es otra cosa sino la vigencia de ese poder" (*ob. cit.*, pág. 133).

4) La soberanía. Concepto

La soberanía es una cualidad del poder estatal en virtud de la cual este es superior e independiente de todo otro. Soberano viene de *soberanus*, palabra del bajo latín equivalente a superior [15]. Soberano es el poder que puede modificar o crear su propia competencia, es decir aumentar o cambiar su organización y sus facultades. Por eso alguien lo ha definido como la competencia de las competencias. Así por ejemplo, el Municipio tiene poder, pero su competencia -esto es, sus facultades, su esfera de acción- está determinada por la Constitución. Luego no tiene soberanía.

La noción de soberanía surge durante la Edad Media de la lucha que sostiene el poder del Estado naciente con las demás fuerzas (la Iglesia, los señores, etc.). Luego de vencer a su último rival, la Iglesia, el poder se convierte en soberano; nace así la noción de Estado moderno con sus caracteres actuales.

Clases de soberanía

La soberanía puede existir en lo interno y en lo externo. Desde el punto de vista *interno* la soberanía consiste en la nota del poder de ser superior a todos los demás. Dentro del Estado hay otros órganos que dictan normas (los municipios, las personas jurídicas de derecho privado, una asociación, etc.); pero estas normas son obligatorias porque el Estado las acepta. Existió una época, como dijimos, en que había otras instituciones, como la Iglesia, que dictaban sus normas, tenían sus jueces y aplicaban sus sanciones, que alcanzaban a los propios gobernantes. Luego el poder se hizo soberano. Estamos, pues, frente a un concepto histórico no absoluto, que nació en determinada época y que puede modificarse. Hay algunos autores que señalan que ciertas instituciones actuales (entre otras los gremios) están adquiriendo tal poder que compite con el del Estado, haciendo tambalear la supremacía de este. Podría hacerse notar, como señala Eduardo Jiménez de Aréchaga, que si una organización sobrepasara en su poder al del Estado (como fue el caso de los sóviets) esta organización se convertiría en el propio Estado [16]. Desde el punto de vista externo, soberanía, en sentido estricto, significa que no hay ningún otro poder por encima del que tiene el Estado, es sinónimo de independencia. En puridad aquí no hay verdadera

---

(15) Este concepto que aceptamos es el más difundido, aunque hay quien asimila el poder etático a Soberanía, considerando que este es el tercer elemento y que los anteriores caracteres -ineludibles, etc.- son característicos de la Soberanía.

También hay autores que consideran que puede haber Estados no soberanos (JELLINEK, *Los Estados del Estado Federal*) y otros que niegan el concepto de soberanía, como DUGUIT, para quien será solamente una noción metafísica e indemostrable, cuando el Estado es un simple hecho sociológico.

(16) *Introducción al Derecho*, pág. 214.

soberanía -en el sentido estricto de superior, *soberanus*- sino más bien independencia, conceptos que no coinciden totalmente. Sin embargo, la noción de soberanía se ha ampliado a esta esfera, tanto que en Derecho internacional se usa más el vocablo que en el Derecho interno. El concepto -soberanía- en este aspecto también está en crisis porque con toda razón se ha planteado la oposición entre el concepto de soberanía absoluta y el Derecho internacional. No se puede fundar un Derecho internacional verdadero si no se admite que el Estado debe estar sometido a ciertas normas superiores a él. Claro que esta solución teórico-jurídica choca con el problema de política internacional de saber quién dicta esas normas, pero ello no quita su carácter de inobjetable a la solución jurídica. La evolución de esta rama del Derecho está ligada a la desaparición del dogma de la soberanía absoluta.

Objeto de la soberanía

Estudiando el problema de la soberanía del Estado queda por considerar el problema de la soberanía en el *Estado* [17], es decir, considerar en quien reside ese poder absoluto. Antiguamente el poder supremo residió en el Emperador; luego se fraccionó en la Edad Media y posteriormente se hizo residir en el soberano (Monarquía), actuando todos los funcionarios en su nombre y como sus representantes, pues en él estaba todo el poder y a veces hasta el Estado era él. Modernamente y desde la Revolución Francesa para acá, se ha considerado que la soberanía radica en el pueblo (o en la Nación si se admite la asimilación de ambos conceptos) y que los que ejercen la autoridad pública lo hacen en representación de toda la población.

Nuestra constitución expresa que la soberanía radica en la Nación.

NATURALEZA DEL ESTADO

Hemos dado una idea del Estado, una descripción objetiva del mismo; pero falta resolver el problema esencial ¿qué es el Estado? ¿cuál es su esencia íntima, en qué consiste la realidad estatal, cuál es su modo de manifestarse? Es el problema de la esencia o naturaleza del Estado [18].

Todos sentimos al Estado intuitivamente, lo encontramos formando parte de nuestra vida o nosotros integrados en él, lo sentimos gravitar sobre

(17) Conforme BARTHELEMY et DUEZ, *Traité de Droit constitutionnel*, París, 1993, págs. 51 a 53.

(18) Distinto a éste es el problema de la justificación del Estado, cuyo estudio lo consideramos excesivo para los fines del curso. Sabido es que hay doctrinas que no justificaban al Estado considerándolo un mal. Para al anarquismo el Estado es una traba al libre desenvolvimiento humano y ha sido creado y fomentado "para amparar diversos monopolios a favor de los dueños de los esclavos, de los terratenientes, laicos o canónicos, de los mercaderes, los usureros, los reyes, los

nosotros imponiéndonos exigencias (servicio militar, impuestos, etc.) a veces nos enrolamos a su servicio y otras lo encontramos como obstáculo a nuestros deseos. En cierto momento lo vemos actuar como administración, como legislador, como ejército o policía, lo simbolizamos en una bandera o un himno; en una palabra: estamos dentro de él y lo sentimos, corresponde ahora preguntarse *¿qué es?*.

Muchas teorías se han expuesto sobre el particular. A efectos de simplificar la exposición las vamos a dividir en tres grupos:

1) Teorías sociológicas

Para ellas el Estado es una organización social con determinadas características (que varían según el tipo de doctrina). El denominador común a todo este grupo de teorías, es recalcar el elemento población en la naturaleza del Estado, considerando que éste es una de las tantas agrupaciones sociales que se caracteriza por tener ciertos caracteres propios. Se trata, pues, de teorías materiales: el Estado es un hecho social.

Dentro de este grupo existen varias teorías.

Las *teorías organicistas* afirman que el Estado es similar a un organismo. Hay un organicismo de tipo biológico y otro psicológico. Según el primero el Estado sería algo similar a un organismo viviente, en el cual las células serían los hombres y el todo, el organismo, el Estado.

Desde muy antiguo (Platón, por ejemplo), viene la idea de ver en el Estado un organismo, aunque las tesis organicistas tienen muy diferentes matices y manifestaciones [19]. Lo esencial es que todos estos autores creen que el Estado es un organismo; su unidad emana de que los hombres son partes de un todo biológico.

nobles y finalmente en el siglo XIX los capitalistas industriales". (Pedro KROPOTKIN, *La Ciencia moderna y el Anarquismo*, pág. 131). También el marxismo lo considera un instrumento de opresión y Marx, antes de 1848, pensó que la mejor solución era que el proletariado se apodera del Estado, pero luego considera mejor destruirlo, diciendo Lenin que la finalidad será "apoderarse de la máquina del Estado para despedazarla" (LENIN, *El Estado y la Revolución*, págs. 13 y 16). Frente a estas están todas las doctrinas que justifican al Estado aun cuando dicha justificación está fundada en diversas razones: la religiosa o teológica que concibe el Estado como una necesidad moral del grupo social o la jurídica para la cual el Estado es originado por un principio jurídico muy variado según los diversos autores.

(19) Algunos organicistas solamente usan la similitud en sentido metafórico, otros llegan a concebir una verdadera identidad. Y las comparaciones son muchas y algunas muy pintorescas. SCHAFLE considera que el Estado consta de varios tejidos: el espiritual, representado por las instituciones protectoras del patrimonio, de la salud, etc., el óseo, constituido por el sistema territorial (calles, etc.),

Como crítica a esta corriente, debemos expresar que esa comparación no tiene ninguna base y que resulta absurdo, en nombre de teorías realistas, querer ver un organismo, allí donde hay una simple organización social. Por lo demás las teorías tienen una extrema vaguedad e imprecisión, cuando quieren señalar las similitudes. Pero la fundamental cuestión, a nuestro juicio, sobre la que debemos ponernos en guardia, son las consecuencias políticas que algunos autores pretenden sacar de estas teorías: considerar al Estado como un organismo y al individuo como una célula es negar la individualidad: conduce a preferir siempre los fines colectivos a los individuales y a sacrificar los hombres en beneficio del todo. Y esto no puede ser, hay una diferencia esencial entre la célula y el hombre. Este es un ser autoconsciente, tiene una existencia propia, independiente del organismo (a diferencia de la célula) y tiene fines en sí mismo. Las teorías organicistas olvidan que, en el organismo, la célula no tiene mas existencia que la de parte del todo, mientras que en la sociedad, al fin y al cabo, el Estado y las demás organizaciones están hechas para servir a fines individuales.

Las otras *teorías organicistas de tipo sociológico* consideran que el Estado es un organismo espiritual. Es decir que la sociedad se convierte en Estado cuando los hombres se funden espiritualmente, dando nacimiento a un ser psíquico que constituye una voluntad o un alma. Esta opinión parte del estudio de los fenómenos colectivos y destaca que la reunión de varias personas para realizar cualquier acto (una asamblea, una labor, etc.) hace nacer un espíritu nuevo, una psiquis distinta a la de cada uno de los individuos por separado; el Estado sería ese organismo espiritual, permanente, que nace como forma superior de la organización social.

También esta teoría comete el error de la anterior, de querer convertir en realidad algo que es producto de una comparación: esa alma popular o voluntad nueva no tiene ninguna existencia real, es indemostrable.

Duguit, autor positivista, considera que para sacar al Derecho de la edad metafísica en que se encontraba en su época debe utilizarse un criterio realista. ¿Qué es lo que nos enseña la observación respecto al Estado? ¿Cuál es el rasgo común a todos los Estados? ¿Es la existencia de un grupo social en el cual los más fuertes, que se llaman gobernantes, dominan a los más débiles, que se llaman gobernados, aunque todos están sometidos a la solidaridad social manifestada a través de la regla de Derecho? "La palabra Estado, dice, designa toda sociedad humana manifestada a través de la regla de Derecho en el cual existe una diferenciación política entre gobernantes y gobernados, según la expresión consagrada, una autoridad política. Las tribus del centro de Africa que obedecen a una jefe, son Estados, tanto como

HACKEL compara los ciudadanos con las células, las corporaciones, gremios, razas con los tejidos, etc. Otros atribuyen al Estado un sexo (La bella Francia, femenino; el tío Sam, masculino), una edad biológica, etc.. Citados por RECASENS SICHES, *Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio. Ob. cit.*, págs. 148 y 149).

las grandes sociedades europeas contemporáneas que tienen un gobierno complicadísimo" [20]. Esa diferenciación se funda en la mayor fuerza de los gobernantes. Es decir, que el Estado es una organización de hombres en la cual los más fuertes dominan a los más débiles. Ese es el carácter distintivo de los Estados de todas las épocas.

Duguit hace notar que él no es un anarquista; no niega el Estado, solamente comprueba un hecho. Además destaca que la fuerza no es sinónimo de superioridad física. La fuerza en que se funda el poder de los gobernantes es variada y ha cambiado a través de la historia, lo que enseña que la superioridad de los gobernantes ha sido, principalmente, de orden moral.

En las sociedades primitivas el poder se fundaba en la fuerza *física*. Luego se impuso la fuerza espiritual -religiosa, moral, etc.- en las organizaciones totemistas y en las teocracias. Más modernamente, la fuerza *económica* y *la numérica* han sido la razón del poder superior de los gobernantes sobre los gobernados. Esta sería la última etapa conocida, aunque no la definitiva; lo que no quiere decir que los demás elementos económicos y espirituales no desempeñan su papel en nuestra época, porque la fuerza puede fundarse, conjuntamente en diversos factores.

Indiscutiblemente Duguit tiene un concepto de Estado mucho más amplio del expuesto por nosotros y además su exagerado afán de realismo lo lleva a olvidar que lo que hace de la sociedad un Estado, es su organización jurídica.

2) Teorías jurídicas

Estas teorías consideran que el Estado es una organización jurídica. Nuestro Código Civil en su artículo 21 así lo dice. Entre las variadas manifestaciones elegiremos la teoría de Kelsen, por ser la más representativa, dado que este autor identifica Estado y Derecho: todo el Derecho emana del Estado y éste se manifiesta y tiene sólo una existencia normativa.

De conformidad con su lema de la pureza del método, considera que el Estado debe ser estudiado exclusivamente desde el punto de vista jurídico.

Concebido correctamente el Estado es una ordenación de la conducta humana hecha en función de normas o preceptos (jurídicos). Se le llama Estado a todo el orden normativo que existe en la sociedad, todas las normas jurídicas forman un orden que es el orden estatal. La verdadera y única realidad del Estado es una realidad normativa [21].

(20) Leon DUGUIT, *Manuel de Droit constitutionnel*, pág. 15.

(21) Dice: "Cuando tratamos de entender el sentido específico en que generalmente se habla del Estado, nos vemos obligados a comprobar que la ordenación llamada Estado tienen ante todo, el sentido de un orden normativo.

Cuando estudiamos la persona jurídica dijimos que para Kelsen, ésta es el resultado de la imputación (atribución) de derechos y obligaciones - normas- a un conjunto de hombres. El Estado es la persona jurídica por excelencia, es el centro de la imputación, de todas las normas jurídicas que existen en la sociedad. Y se origina, precisamente, merced a que las normas lo hacen centro de imputación.

Cuando un conjunto de normas jurídicas se dirigen a un individuo, éste es persona, cuando se dirigen y toman como centro común a un grupo de personas, estos son persona jurídica. Y como todas las normas sociales son un haz que vienen y van de y hacia el Estado, este nace y es una persona jurídica, y su única existencia es la jurídica.

Todo el Derecho emana del Estado -todo se refiere a él, se origina y funda allí su poder coactivo- pero a su vez, el Estado no es mas que Derecho, su existencia es jurídica. Todos los problemas de la teoría del Estado los trata Kelsen como problemas jurídicos. (Ya vimos que el territorio y la población, por ejemplo, no son mas que el ámbito de validez de las normas jurídicas).

3) Teorías eclécticas o mixtas

Estas teorías consideran al Estado como una doble faz, sociológica y jurídica. Señalan que es la organización jurídica de la sociedad.

La esencia del Estado no sería lo sociológico, ni lo jurídico, sino ambas cosas a la vez.

Para Jellinek el Estado tienen dos aspectos separados y distintos: uno sociológico y otro jurídico. Por el primero es una comunidad de hombres - en sentido espiritual- con fines comunes y con una voluntad común; por el segundo es una persona jurídica, una corporación dotada de un poder con los caracteres específicos de dicho poder (originario y coactivo) [22].

Otros muchos autores consideran que el Estado es una sociedad organizada jurídicamente, sin llegar a separar estos dos elementos. La ecléctica parece ser la solución más lógica. Kelsen tuvo el mérito de destacar el orden normativo en el Estado. Este se nos aparece lo más comúnmente, ya sea en lo interno como en lo internacional, a través de

Para que podamos pensar en el Estado como autoridad es necesario que lo concibamos como una ordenación de normas". (Hans KELSEN, *Compendio de la Teoría General del Estado*, Barcelona, 1934, págs. 109-110).

(22)Así Jellinek concibe al Estado como una "unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación o de mando y formada por hombres asentados en un territorio" (JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Madrid, 1914, pág. 224).

distintas a manifestaciones jurídicas. Pero su exageración metódica, lo llevó a olvidar que todo sistema jurídico se apoya en el hecho social y que este nunca es ajeno al orden normativo, porque dicho orden está determinado por la sociedad humana, a la cual se aplica y de la cual emana.

El Estado es, pues, una organización jurídico-normativa de una sociedad humana asentada en un territorio a la cual le proporciona la unidad.

FORMAS DEL ESTADO
PROBLEMAS DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

Estructura es el orden de la distribución de las partes que integran un todo; el problema a estudiar es el de la organización del Estado, distinto al de las formas de gobierno que se trata más adelante.

Este problema es el estudio de la manera como se distribuye el poder etático en el territorio del mismo. Es el de mayor o menor centralización de ese poder.

Según el mayor o menor grado de descentralización van variando los tipos de Estado. En el Unitario está más centralizado que en el Federal, por ejemplo.

Estudiando la estructura del Estado los autores abarcan formas de organización del Estado en lo interno (Derecho público interno) y formas de organización de los Estado (Derecho público internacional).

A) Formas del Derecho público interno

Dentro de éste hay dos formas posibles de Estado, una simple, el unitario, otra compuesta, el federal.

Estado unitario

Es aquel cuyos órganos centrales tienen una competencia que abarca todo el territorio. Es el caso del nuestro.

Naturalmente que, dentro del Estado unitario [23], puede haber una mayor o menor descentralización política. Así, por ejemplo, en el régimen

(23) Destacamos que se trata de descentralización política y no administrativa. Está última se refiere a la organización de los servicios públicos del Estado. En nuestro país la descentralización administrativa se realiza principalmente a través de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados

de nuestra Constitución de 1830, la centralización era máxima. Realmente no existía el Municipio, ni el Gobierno local. Luego, en la Constitución de 1917 se tendió a la descentralización; se dio a los Gobiernos Departamentales facultades de gobernarse, de crear tasas e impuestos, de manejar sus fondos, etc. [24]

Pero de cualquier modo dicha descentralización tiene un límite en el Estado unitario. Las circunscripciones de gobierno local siempre están sometidas al poder central, éste dicta sus constituciones, determina la competencia y la manera de funcionar los poderes locales y muchas funciones, la jurisdiccional, por ejemplo, están siempre centralizadas.

Estado federal

Es una forma de Estado de mayor descentralización que el unitario. Está formada por circunscripciones territoriales que se llaman a veces "Estados" y que han sido considerados por algunos autores como verdaderos Estados, hasta con soberanía. Sin embargo, entendemos que no se trata mas que de un sólo Estado dividido en circunscripciones territoriales en las cuales la descentralización del poder alcanza su grado máximo. Es decir que la diferencia con el Estado unitario es de grado (hay más descentralización) no de esencia [25].

En el Estado Federal hay una serie de "Estados" (provincias, cantones, etc. el nombre no interesa) dotados de todas las funciones del poder: un Poder Legislativo, uno Ejecutivo y uno Judicial. Hay pues, además de estos poderes en el Estado Federal el de cada Estado miembro. Hasta conservan la facultad, dentro de ciertos límites, de dictarse su propia Constitución.

También dentro de los Estados Federales hay mayor o menor descentralización. En la Argentina, por ejemplo, las cuestiones de estado civil pertenecen al Poder Central (Cada Provincia o gobernación tiene su Poder Legislativo, regula su vida, crea impuestos, etc., pero no puede, por ejemplo, implantar el divorcio o un régimen matrimonial especial). En los Estados Unidos, en

(24) Se polemiza sobre las ventajas o inconvenientes de la descentralización, reconociéndose, generalmente, que son más las primeras. Además de las ventaja que significa, por la división del trabajo en el complejo Estado moderno, se considera que el gobierno local tiene una singular virtud de educación política. En nuestra génesis histórica siempre hemos considerado los gobiernos locales (Cabildo primero y Municipios luego) como verdadera escuela de Democracia. Naturalmente que el exceso de particularismo conspira contra la necesaria coordinación que debe existir en la organización política estatal

(25) Esta es nuestra opinión (conforme DABIN), pero hay autores que consideran que los Estados miembros del Estado Federal tienen cada uno soberanía y que entonces en el Estado se realiza o bien la anulación de todas las soberanías particulares o bien la coparticipación de esta mismas soberanías en el poder central. (JELLINEK).

cambio, hay un régimen de divorcio en cada Estado y cada uno, como en Suiza, dicta su propia Constitución, con ciertas limitaciones.

Pero en todos los Estados Federales existen verdaderas organizaciones autónomas, que inclusive intervienen como tales en el Gobierno Federal: los Estados miembros mandan sus representantes (generalmente uno de los dos cuerpos legislativos se forman con ellos). En cambio las comunidades autónomas del Estado Unitario (Municipio) nunca participan en el Gobierno Central en manera alguna.

B) Formas del Derecho público internacional

Las demás formas que trataremos son organizaciones en las que intervienen más de un Estado.

Confederación de Estados

Es una simple asociación de Estados ligados por un vínculo contractual. Generalmente existen algunos órganos comunes, principalmente uno legislativo (Dieta), pero cada Estado conserva su soberanía, es decir se arroga el derecho de aceptar o no las normas emanadas de aquel órgano.

Por eso la Confederación es una situación inestable, tiende a convertirse o en Estado Federal o en Estados separados -como sucedió con la Confederación de las Colonias Americanos (de 1781 a 1787), la Suiza (de 1815 a 1848) y la Germánica (de 1815 a 1871).

La diferencia con el Estado Federal es, pues, clara: aquel es un Estado, la Confederación un conjunto de Estado. De esto derivan las diferencias secundarias: las normas jurídicas del Estado Federal valen por todo el territorio sin necesidad de que las acepten los Estados miembros, en la Confederación es necesaria esta aceptación: los Estados federales no pueden irse del Estado, los miembros de la Confederación sí. Es decir, el Estado miembro del Estado Federal no tiene poder soberano, sí el miembro de la Confederación [26].

Uniones de Estados

Hay una unión personal cuando por una circunstancia histórica se juntan en la misma persona física los poderes de más de un Estado. El único vínculo que une a los Estados en este caso es la existencia de un Monarca único (Unión de Castilla y Aragón bajo los Reyes Católicos; Inglaterra y Hannover en el siglo XVII, España y Germania bajo Carlos V, etc.).

(26) Llama un tanto la atención que los autores consideran a la URSS como un estado federal (ZANZUCHI, *Istituzione*, Milán, 1948, pág. 80) a pesar que la Constitución rusa en el artículo 17 declara que cada República tiene el derecho a salir libremente de la Unión y que algunas repúblicas -como Ucrania- tienen soberanía, poseyendo inclusive representación internacional propia.

La unión *real* (de res, cosa), significa la unión de dos Estados a través de un órgano. La unidad está dada aquí, no por una persona física, sino por un órgano jurídico. (Puede ser el Monarca; pero no es el rey Carlos o Jorge, sino el órgano monárquico). Por ejemplo, Austria y Hungría desde 1867 a 1918 tienen ministros comunes y un Monarca común (rey de Hungría y emperador de Austria).

La realidad -siempre más rica que la teoría- nos enfrenta a nuevas formas de unión de Estados (o Estado Federal o ...) cuyo modelo es la Unión Europea, cuya unidad, cada vez mayor, inicia una organización diferente a la realidad anterior en la cual los Estados van renunciando a ciertos derechos (o parte de soberanía) a favor de la Organización. El ejemplo parece quererse seguir en otras áreas (Unidad X). El Mercosur es un ejemplo, en nuestra región.

Otras formas del Estado

El *protectorado* es también una forma de organización de los Estados en base a un acuerdo en el cual uno asume la obligación de proteger al otro en sus relaciones internacionales (Francia y Túnez).

Y luego hay una serie de formas variadas de sociedades internacionales entre Estados que adoptan formas tan particulares que es imposible de encasillar en una clasificación, como por ejemplo la Sociedad de Naciones, la O.E.A. y la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

FINES DEL ESTADO

La cuestión de los fines del Estado consiste en determinar qué actividades debe desarrollar [27]. Este problema está relacionado con el de los derechos individuales, porque en él se trata de dilucidar cuáles son las cosas que el Estado debe dejar que realicen los hombres y cuáles debe cumplir por sí mismo.

Los fines del Estado se dividen en primarios y secundarios.

---

(27) Otro problema es el del *fin* del Estado, esto es, de cuál es la razón o finalidad por la cual existe el Estado. Esta cuestión vinculada con la justificación del Estado es más bien un problema de metafísica, que debe estudiarse en la Filosofía del Derecho.

Los autores formalistas como KELSEN señalan que este es un problema totalmente ajeno a la Teoría del Estado y pertenece más bien a la política: saber qué es lo que el Estado debe hacer es una exigencia de arte de gobierno y no de teoría jurídica.

Fines primarios

Son los que el Estado debe cumplir necesariamente, como condición de existencia. Son los fines imprescindibles; si el Estado no los realizara no existiría como tal. Este puede admitir que la enseñanza o la actividad consistente en regular los cambios y la moneda, esté en manos de particulares, pero si en una sociedad los particulares o -las familias- deben hacerse justicia por su mano (sistema de la venganza privada), en ella no hay Estado.

Entre los fines primarios está el mantenimiento del orden en el interior y la seguridad en lo exterior. Orden y paz se ha dicho, constituyen los elementos más urgentes que aparecen en todos los Estados de la Historia.

El mantenimiento del orden se realiza por medio de la policía y la justicia. La policía previene las alteraciones del orden y reprime las violaciones, la justicia controla dicha autoridad e impone las sanciones. En último término todo se resuelve en establecer la realización del Derecho.

En lo externo el Estado debe ofrecer la seguridad -la paz-. Es decir, que debe cumplir el fin de defensa de los hombres que lo forman, de todas las eventualidades exteriores.

Se incluye, a menudo, entre los fines primarios, la realización de los servicios financieros: cobre de contribuciones (impuestos, tasas, etc.) y pago del presupuesto.

Fines secundarios

Son aquellos que el Estado realiza sin que sea imprescindible que los cumpla. Podrían existir aunque no los tomara a su cargo, aunque la tendencia moderna del Estado intervencionista hace que la mayoría de estos fines se realicen por todos los Estados en tal forma que están consustanciados con su existencia misma.

Serían la instrucción y la salud pública y la coordinación (y cada vez más la realización) de muchas actividades industriales (A.N.C.A.P.), comerciales, bancarios (Banco República, de Seguros e Hipotecario), agrícola-ganaderas (Ministerio de Agricultura y Pesca, etc.).

Es un hecho histórico innegable que el Estado de nuestros días ha aumentado considerablemente el número de fines que realiza con relación al Estado de hace 50 o 60 años, por ejemplo, siendo la característica actual el intervencionismo del Estado y el desplazamiento por este del individuo un muchas actividades.

No hay duda que esa tendencia hacia el intervencionismo del Estado se revierte en la época contemporánea donde se trata de reducir el papel del Estado a través de volver los servicios públicos a manos privadas o mixtas

(privatizaciones) conforme con la tendencia de la economía más reciente que parece adoptarse en todos los países del mundo sea cual sea su régimen político.

Aparece entonces replanteado el tema de los fines del Estado en sí y en su relación con los de los individuos.

Los fines del Estado y los individuos

Personalismo y trasnpersonalismo

A este respecto hay dos posiciones fundamentales: el personalismo y el trasnpersonalismo, que más que puntos de vista relativos a la actividad del Estado son dos concepciones de vida opuestas, relacionadas con la valoración de los fines de los individuos y los de otras organizaciones sociales (familia, gremio, partido, Estado, etc.) [28].

Según el personalismo, el individuo es el fin y las organizaciones u obras humanas (el Estado en este caso) los medios; según el transpersonalismo los verdaderos fines son los colectivos.

---

(28) Este planteo parece el más comprensivo de todas las posiciones y lo tomaremos de RADBRUCH y RECANSENS SICHES.

RADBRUCH, en su *Filosofía del Derecho*, plantea el problema como una manifestación de la teoría axiológica: "hay que decidirse respecto a qué valores se otorga el primer lugar en su rango, si a los individuales o a los colectivos, a los de obras." *(Ob. cit.* Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, pág. 73). Y cita algunas muestras de las posiciones contrarias: "Cuando un individuo cualquiera, tan insignificante que no ponga en peligro con intención ninguna otra vida, desaparece de este mundo contra su voluntad, constituye un suceso desigualmente más importante que todos los acontecimientos políticos, religiosos o nacionales. Todo debe sacrificarse al bien del Estado, menos aquello para lo que el Estado mismo sólo sirve como medio. El Estado por sí no es nunca un fin, su importancia reside en ser una condición bajo la que se logra el fin de la humanidad y este fin de la humanidad no es otro que el desarrollo de todas las fuerzas del hombre" (Schiller). Frente a estas posiciones personalistas se oponen las contrarias. Dice EINES: "Yo no valoro mi vida tan alto como una creación de arte eterna y no estimo tan bajo el arte que lo considere inferior a un ser viviente . . . apreciamos una obra y despreciamos a su creador (Plutarco)". (RADBRUCH, *ob. cit*, pág 74).

Y RECASENS SICHES en sus *Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio* (Traducción española, Barcelona, 1936, Segunda edición), señala que "trátase de determinar si en la vida humana, los valores supremos son aquellos que sólo en la persona espiritual pudieran encarnar y a ellos se subordinan todos los demás; o si por el contrario son superiores en rango los valores que plasman en las obras objetivadas de la humana actividad" (pág. 197, t. II).

Transpersonalismo

Considera que los verdaderos fines están más allá del individuo, que este pasa y las instituciones (familia, Iglesia, partido, Estado) quedan, que lo único permanente son estas y sus finalidades. El individuo es un mero instrumento mediante el cual se cumplen las obras sociales, los verdaderos progresos de la humanidad se realizan mediante el sacrificio individual, por la acción colectiva.

Según esta concepción supraindividualista, el Estado tiene fines propios a cumplir, más importantes que los de los individuos, más verdaderos y más valiosos.

La concepción transpersonalista conduce al Estado de fines totales (Totalitario). El Estado debe intervenir en todas las esferas de la actividad humana, sus fines lo abarcan todo. Para Platón y muchos filósofos antiguos el Estado dirigía al individuo desde sus comienzos, se apoderaba de los niños, los educaba, orientaba sus vocaciones, etc. Para Hegel el hombre vale en la medida en que se desindividualiza y se sumerge en lo general , tiene verdadera dignidad en tanto participa en el "espíritu objetivo del todo" (Estado). Modernamente el totalitarismo ha concebido al individuo como una mera parte (una célula de un organismo según los organicistas) que está supeditado al todo.

Esta posición conduce a multiplicar los fines del Estado haciendo a éste intervencionista en todas las actividades.

Personalismo

Para este los valores fundamentales son los del individuo.

Las organizaciones sociales, llámense familia, Iglesia, Estado, gremio o corporación están hechas para los hombres y para mejor lograr los fines individuales. El Estado y el Derecho se hacen por el hombre con el fin de llenar las necesidades humanas; se desvirtuaría su origen y su sentido, si estas organizaciones una vez creadas olvidaran que su razón de ser es esa.

El personalismo en su primer impulso es anti-intervencionista, es el liberalismo político y económico que proclama la necesidad de dejar al individuo libre para que por su iniciativa privada, desarrollada espontáneamente, cumpla sus fines. Entonces, el Estado ve reducida su actividad: estamos dentro de una idea de finalidad limitada para este.

Pero posteriormente el personalismo cae en cuenta que si deja solo al individuo, este realmente no puede realizar sus fines propios. Durante el siglo XIX el liberalismo sufrió la experiencia de que con la absoluta libertad, la igualdad teórica no era práctica; el obrero y el patrono, el inquilino y el propietario, etc. no estaban en igualdad económica y cuando iban a contratar, la libertad era puramente ilusoria, el obrero no tenía la

libertad real de aceptar o no un contrato, pues si no lo hacía no sobreviviría a sus necesidades. Por eso el personalismo tuvo que admitir cierta intervención del Estado, sobre todo en el campo económico -dejando de lado la doctrina fisiocrática del *laissez faire, laissez passer*- y el Estado pasó a regular ciertas actividades y a controlar otras.

En nuestra época el Estado, en general, es intervencionista, realiza una gran cantidad de fines.

Pero este intervencionismo actual -que como y dijimos nadie discute, salvo en su exageración-, puede tener dos sentidos: el Estado puede intervenir para salvaguardar los fines totales llegando inclusive a sacrificar a un individuo o un grupo de ellos o una generación, en homenaje a una finalidad social; o por el contrario, puede intervenir para permitir que los individuos puedan cumplir sus fines más plenamente, por entender que si prescinde de su colaboración con los más débiles, la igualdad es ilusoria, porque considera -como ya lo decía Aristóteles- que la verdadera justicia no consiste en tratar a todos por igual sino de tratar en forma distinta a los desiguales. Cuando el Estado dicta una ley de desalojo y dice que los particulares no pueden hacer convenios contra sus dispociones, lo hace para salvaguardar el inquilino, que en un momento de falta de fincas, puede ser víctima de la superioridad económica del propietario, por ejemplo, y así restablece la igualdad verdadera.

Los fines de nuestro Estado

El Estado uruguayo, siguiendo la tendencia general ha aumentado los fines que realiza en forma creciente en los últimos cincuenta años. Cuando nació nuestro Estado y se hizo la Constitución de 1830, no cumplía mas que los fines primarios. Durante el siglo XIX el Estado nuestro sólo encaró tímidamente la realización de los fines secundarios más elementales (instrucción y salud pública). Pero en el siglo XX el número de fines ha crecido tanto, que nuestro país llegó a destacarse por el exagerado intervencionismo del Estado. El año 1896 marca la fecha en que comienza la actividad del Estado en el campo económico. En esa fecha se crea el Banco de la República, que aunque se organiza en forma mixta (capital privado y del Estado), sin embargo nunca se lanzaron a la suscripción de acciones, por lo cual siempre fue un organismo público. Después, en el siglo XX, se apresura este proceso. En 1906 se crea la Usina Eléctrica de Montevideo con el monopolio para el Estado del suministro de energía eléctrica; en 1911 se declara monopolio del Estado el contrato de seguros cubriendo ciertos riesgos (vida, accidentes de trabajo e incendios) y se crea el Banco de Seguros del Estado. En 1912 se nacionaliza el Banco Hipotecario. Luego se crea el Correo y la Administración de Puertos.

Ya tenemos, pues, al Estado con toda la actividad bancaria que hoy realiza. En 1931 se crea un ente típicamente industrial y comercial: la ANCAP (Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland), con el beneficio exclusivo para el Estado de la explotación y fabricación de alcoholes y carburantes nacionales y de la importación y refinación de petróleo crudo y derivados.

Posteriormente el proceso se acelera con la creación del SOYP -luego denominado ILPE- (1934, aunque existía el instituto de fomento de pesca desde 1911), el Frigorífico Nacional (1928), la CONAPROLE, ambos organismos con participación de los particulares, el Instituto Nacional de Colonización. Y después de la segunda guerra mundial, el Estado expropia las Aguas Corrientes y los Ferrocarriles (en los cuales algunas líneas ya eran del Estado desde 1915: tranvía de la Barra y luego líneas del Este, Montevideo, Trinidad y Empalme Olmos, desde 1920).

Nuestro Estado, pues, interviene y realiza actividad -a veces exclusiva y monopolizada- en materia comercial, industrial y bancaria. Constituye un claro ejemplo del intervencionismo creciente del Estado de nuestros días; y se destaca entre los demás Estados contemporáneos por esa tendencia. Algunos otros Estados, como Inglaterra, recién después de la segunda guerra han encarado la realización de muchos fines que el nuestro efectuaba desde antes. El impulso de las nacionalizaciones francesas y sobre todo inglesas quizás ahora ha sobrepasado el nuestro aunque, en ciertos aspectos, sobre todo Inglaterra, parece volver atrás.

Hoy nadie discute la necesidad de esta intervención: el problema es saber cuál es el límite. La actividad del Estado es buena porque desplaza el egoísmo y el ánimo de lucro individual; pero es mala en cuanto le falta la palanca de la iniciativa y el interés individual lo que hace que se considere el Estado un mal administrador.

Sin embargo la ineficiencia de los Servicios Públicos y su elevado costo en perjuicio de la Comunidad, ha producido una tendencia mundial hacia la privatización. Es decir a sacar de la órbita del Estado muchos de los servicios no imprescindibles (secundarios, empresas públicas que en todos lados funcionan mal o son muy costosas al Estado por sus déficits). La solución no siempre es pasarla a manos privadas; pueden haber formas de explotación mixta, por intermedio de cooperativas u otras. Pero hay una tendencia cada vez mayor -incluidos los países socialistas recientemente o los gobernados por partidos socialistas- hacia esta llamada "privatización". En nuestro país se ha pasado a manos privadas a ILPE, a la Compañía del Gas. Sin embargo el intento de privatizar ANTEL no prosperó.

FUNCIONES DEL ESTADO

Organos y funciones

Acabamos de estudiar los fines que el Estado cumple (policía, seguridad, fin económico, etc.). El Estado realiza estos fines por medio de sus órganos.

Organo es la persona o conjunto de personas que tienen la facultad de querer por el Estado. Este, como persona jurídica, tiene una voluntad, toma

decisiones, resuelve y manda. Pero sólo los hombres son capaces de voluntad psicológica, por ello el Estado necesita de personas físicas, que manifiestan su voluntad por él. A ellos se llama órganos.

El Presidente de la República es un órgano del Estado, porque está habilitado por las normas jurídicas para querer -manifestar una voluntad- por el Estado. Cuando él firma un contrato con una empresa, para suministros de cualquier material para el Estado, el que queda obligado no es la persona física del Presidente, sino el Estado [29].

Esa atribución (imputación) del acto de la persona al Estado se realiza en virtud de las normas jurídicas y siempre que se actúe de acuerdo a ellas. En un Estado de Derecho la voluntad expresada por un individuo se considera la voluntad del Estado siempre que aquella se manifieste en la forma establecida por las normas jurídicas y dentro de la esfera de su competencia. Cuando el Presidente hace un nombramiento de un funcionario actúa por el Estado, pero si quiere hacer una sentencia en un pleito, su acto no valdrá como acto del Estado, porque para eso el Presidente no tiene competencia.

El órgano es el medio, el instrumento para realizar los fines del Estado. La *función* es la manera de actuar de los órganos para conseguir dichos fines. Así el Estado realiza un fin de higiene, el órgano que lo cumple es el Ministerio de Salud Pública a través de la función administrativa, dirigiendo hospitales, nombrando médicos, comprando medicamentos, etc. El Estado realiza un fin económico y para eso crea Bancos como ya dijimos. El órgano que los crea es el Poder Legislativo por medio de la función legislativa.

Las tres funciones del Estado, tradicionalmente, son: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional.

Criterios de clasificación

Hay un criterio formal: la función se determinará según el órgano que la realice: será función legislativa todo lo que haga el Legislativo etc. Hay un criterio material: la función tiene un contenido, según él se clasificará. Este es el más lógico, pues el Poder Legislativo, ordinariamente, legisla, pero también realiza una función jurisdiccional (cuando hace juicio político), el Poder Judicial normalmente realiza función jurisdiccional, pero a veces actúa en función administrativa, cuando nombra empleados, compra materiales, etc.

(29) JELLINEK distingue entre el órgano y el soporte del órgano (la persona o personas físicas). Lo permanente es el órgano aunque este esté integrado por individuos, porque éstos son intercambiables: GLADSTONE decía: "Enrique, Eduardo, Jorge, pueden morir, pero la Corona sobrevive a ellos". Y la famosa frase "el Rey ha muerto, viva el Rey", expresa en términos populares lo que JELLINEK traduce al lenguaje jurídico.

No basta, entonces, saber quien lo realiza para conocer frente a qué función estamos. Necesitamos estudiar en qué consiste cada función, cuál es su materia, su contenido.

Función legislativa

Consiste en hacer la ley. Esta, como ya sabemos, es la norma general y permanente (concepto material).

La actividad del Estado moderno se manifiesta, entre otras cosas, por la creación de normas generales preestablecidas que pueden ser conocidas por todos de antemano. El Estado dicta, por medio de sus órganos, disposiciones que están destinadas no a ser aplicadas a un caso particular y concreto, sino que prevén todos los casos correspondientes a determinadas hipótesis. La generalidad es, pues, el carácter que más distingue la función legislativa de las otras dos funciones del Estado [30].

Función administrativa

Es la que realiza más comúnmente el Poder Ejecutivo (llamado también Administrador).Consiste en cuidar los servicios públicos, resolver las cuestiones concretas (no generales) mediante decisiones, etc. Es el Estado mismo puesto en actividad, pues este una vez creado, debe ser administrado. Esta función exige una continuidad que no tiene la legislativa. (Las Cámaras se reúnen en ciertos períodos, el Poder Ejecutivo actúa todos los días, en cada momento).

Los autores están de acuerdo en que el nombre de la función ejecutiva le queda estrecho a esta, puesto que no se limita a ejecutar y hacer cumplir las leyes. Algunos le han llamado función gubernativa (especialmente los autores franceses), porque corresponde a la tarea esencial del gobierno; dice Dabin, "que es vigilar todo y resolver una por una cada situación en que se presente y por los medios más apropiados, las variadas dificultades que suscita la acción del Estado y del bien público" [31]. Otros le llaman administrativa, porque gobernar es en cierto modo administrar y a la inversa, aunque generalmente el uso del vocablo administración se reserva para las tareas ordinarias de mera ejecución. Serían, pues, dos las actividades que comprende esa función: la primera (gubernativa), es la función libre, variada y compleja, la segunda (ejecución y para otros administración) es más mecánica, como dice un autor "el espíritu administrativo se complace en la uniformidad y cae fácilmente en la monotonía, el espíritu gubernamental se caracteriza por el ingenio político que se encuentra en las soluciones" [32].

(30) Para no complicar el tema, dejamos incluida en el concepto de ley la Constitución, aunque nosotros hemos admitido que se trata de dos cosas distintas, es decir que hay una materia constitucional (organización del Estado) por la cual tenemos que admitir una función constituyente.

(31) Ob. cit. pág 263

(32) RENARD es el autor de esta frase, según cita de Marcel DE LA BIGNE DE LA VILLENEUVE en su obra *La fin du principe de la separation des pouvoirs.*

Función jurisdiccional

Consiste en la administración de justicia. A menudo surgen conflictos entre ciudadanos o entre estos y el Estado o entre grupos sociales; para salvaguardar la paz social es necesario que esas discrepancias sean resueltas. El Juez o Tribunal tiene esta función; juzga los conflictos, es decir los resuelve de conformidad con las normas jurídicas, diciendo el Derecho en el caso particular. Es una actividad secundaria, derivada de la legislativa.

La actividad jurisdiccional y la administrativa, no son generales como la legislativa, sino particulares, resuelven casos concretos, individualizados.

Pero en la función gubernativa la administración actúa con cierta discrecionalidad, es una actividad dirigida a cumplir con los servicios públicos del Estado. La función jurisdiccional es una actividad reglamentada por la cual se resuelve un conflicto, con fuerza de verdad (lo que se resuelve el Juez es desde ese momento y para siempre la verdad legal). Las decisiones administrativas, en cambio, son siempre revocables [33].

Hay quienes sostienen que la función jurisdiccional no es una actividad política, porque el Juez sólo aplica la norma que ya existe, no crea el derecho.

Esta posición es adoptada, por ejemplo, por la escuela vienesa, cuyo director, Kelsen, destruye la teoría de las funciones del Estado, sosteniendo que la legislación, jurisdicción y administración no son sino tres momentos

(33) Uno de los más escabrosos problemas de la teoría del Estado es la distinción entre la función jurisdiccional y la administrativa. Hay quien sostiene que no hay verdaderas diferencias: ambas tienden a concretar la norma jurídica general, a individualizarla (KELSEN). Otros basan la distinción en el hecho de que la administrativa es discrecional, la jurisdiccional, reglada. Pero es verdad que cada vez se tiende a reglamentar la función administrativa y dar cierta discrecionalidad a los poderes del Juez.

DUGUIT recalca que, en la función jurisdiccional, el Estado no interviene espontáneamente sino para resolver su conflicto.

Eso es a nuestro juicio lo exacto y cuando resuelve el conflicto no lo hace simplemente aplicando la norma jurídica, sino individualizándola, tomando una resolución nueva.

COUTURE en sus Comentarios al Código de Organización de los Tribunales, estudia estas diferencias y agrega a las que mencionan los autores que llama intrínsecas, porque están en el contenido de la función, las que él denomina extrínsecas, esto es, "los instrumentos por los cuales actúa la jurisdicción, que son específicos": a) las personas: el Juez y partes; b) el procedimiento; y c) un método de actuación: el contradictorio (*ob. cit.*, pág.51)

de la creación del orden jurídico, que cada uno corresponde a sus órganos especializados. Kelsen autor de la teoría de la jerarquía de las normas jurídicas, sostiene que unas van derivando de otras, siendo la actividad jurisdiccional el último grado de producción de normas (que aquí son normas individualizadas).

Nosotros hemos sostenido que si bien el Juez aplica la ley, y en este sentido podemos admitir que la función jurisdiccional es derivada, es evidente que su decisión es creación del Derecho, su aplicación de la ley es algo distinto a la que hace un particular cuando cumple con su deber jurídico. Por otra parte la misión de individualizar la norma, que es general, es una verdadera función del Estado y como tal la consideramos, manteniendo la clasificación clásica de las tres funciones, contra la posición kelseniana.

Lecturas recomendadas para esta unidad

DUGUIT, León, Manuel de Droit constitutionnel.

KELSEN, Hans, Compendio de teoría general del Estado.

DABIN, Jean, Teoría general del Estado.

DEL VECCHIO, Obra citada, con adiciones de Reçasens Siches.

BARBAGELATA, Aníbal, Teoría del Estado.

KORSENIAK, José, Curso de Derecho Constitucional.

UNIDAD VII

EL GOBIERNO
EL GOBIERNO Y LA ORGANIZACION DEL PODER

CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LAS FORMAS DE GOBIERNO

Concepto de gobierno

El gobierno es un conjunto de organismos que ejercen la actividad etática.

Ya vimos que el Estado es una persona -moral o jurídica- la que para actuar necesita de órganos. Esos órganos son los que realizan la actividad del Estado, quieren por él, cumplen sus fines y sus funciones.

Entre los órganos del Estado hay dos grupos, unos los superiores, llamados gobernantes, otros inferiores llamados agentes. La distinción es a veces delicada, pero sin entrar en el examen a fondo del problema, podemos decir que lo que caracteriza a los agentes o funcionarios propiamente dichos, es que están sometidos a las ordenes de los gobernantes, controlados por ellos y responsables ante ellos. Les falta la libre iniciativa, dependen de los organismos directores [1]. Estos, en cambio, son los que dirigen la actividad estatal, tomando decisiones por su propia incitativa y no se encuentran sometidos a ninguna autoridad superior.

El gobierno es el conjunto de órganos directores. Y éstos al actuar por el Estado realizan una actividad jurídica a través de la cual se expresa el Poder etático, porque la manifestación esencial del gobierno es la jurídica.

---

(1) Hay muchos criterios para diferenciar los órganos gobernantes de los agentes y muchos matices diferentes. Se dice, por ejemplo, que agentes son los que no ejercen poder público: el director de una oficina dependiente de un Ministerio, por ejemplo. (Pero el agente de policía ejerce poder público y no es gobernante). Otros dicen que dentro de cada Poder del Estado (Ejecutivo, Judicial, etc.), hay una escala jerárquica; y gobernantes serían los que se encuentran en el vértice de la escala. (El Presidente de la República y no el agente de policía en el Poder Ejecutivo, la Corte de Justicia y no el Juez de Paz o Letrado en el Poder Judicial, etc.)

El gobierno no es lo mismo que el Estado, está vinculado a este por el elemento poder. El gobierno pasa, cambia y se transforma, mientras que el Estado permanece el mismo. Francia ha cambiado de Monarquía a República, Rusia ha modificado sustancialmente su forma de gobierno, pero los Estados continúan siendo los mismos.

El gobierno es la manifestación más viable del Estado, es su representación, su personero. Así como en una sociedad anónima o en cualquier persona jurídica hay un gobierno formado por sus organismos directores, que es lo que primeramente conocemos y se pone de manifiesto, también en el Estado aparece el gobierno como manifestación genuina de su actividad, sin confundirse con la realidad estatal.

Podemos concluir, pues, definiendo al Gobierno como el conjunto de los órganos directores -no agentes- de un Estado a través del cual se expresa el poder etático por medio del orden jurídico.

Formas de gobierno

El estudio de las formas de gobierno nos muestran una variedad infinita de las mismas. Hay clasificaciones distintas según la época histórica a que nos refiramos, porque los autores varían en sus sistemas según el momento en que vivan y observen.

También la clasificación varía según el punto de vista que se adopte. No hay duda que será distinta la clasificación que toma como criterio el número de gobernantes, que otra que considere la forma de ejercer el poder o la estructuración de un órgano (Ejecutivo, por ejemplo).

Esta advertencia nos da la pauta de la variedad de las clasificaciones y de la enorme dificultad para encontrar criterios generales, debiendo reconocerse el carácter circunstancial de las mismas.

Señalaremos, no obstante, las que más importancia han tenido en la historia y las que, a nuestro criterio, son más amplias o generales, comprendiendo la mayoría de las formas de gobierno posibles.

1) Monarquía, Aristocracia y Democracia

Se suele mencionar a Aristóteles como el autor que realizó una de las clasificaciones más antiguas y perfectas.

Antes de él, Herodoto había hecho también una clasificación similar de las formas de gobierno [2].

(2) Dice HERODOTO en sus Historias imaginando un diálogo entre conspiradores:

"El primero que tomó la palabra se declaró en favor de la República y fundamentó así su opinión. ¿Cómo, dijo, una Monarquía puede ser buena forma

Sin embargo Aristóteles tiene el valor fundamental de haber clasificado las formas de gobiernos de manera tal que comprende las posibilidades de todas las épocas. Toma en cuenta para su clasificación, en primer lugar, el número de gobernantes. Gobierno de uno: Monarquía; gobierno de varios: Aristocracia; gobierno de todos: República. Pero además del criterio externo (numérico) clasifica los diversos tipos según la manera como se ejerce el gobierno (elemento subjetivo, interno), estableciendo una diferencia entre las formas puras e impuras. Es pura cuando el gobierno se ejerce en beneficio e interés de todos y se practica rigurosamente la justicia e impura cuando se busca el interés de los gobernantes exclusivamente.

Y luego Aristóteles enlaza las dos formas de clasificación sosteniendo que al lado de cada forma pura hay una impura (degeneración de aquella). Dice así: "El gobierno de uno basado en el interés general se llama Monarquía. El de algunos sea cual fuere su número, con tal que sea de más de uno, se llama Aristocracia, es decir gobierno de los mejores... El de todos, cuando está combinado en vista de la común utilidad, toma el nombre genérico de República... tres desviaciones de estas formas de gobierno son la Tiranía, la Oligarquía y la Demagogia, o sea, degradaciones de la Monarquía, de la Aristocracia y de la República, respectivamente" [3].

de gobierno? El Monarca hace lo que él quiere sin dar cuenta a nadie de su conducta. El hombre más virtuoso elevado a esa dignidad pierde pronto sus mejores cualidades; todos los hombres nacen con las mismas pasiones, el poder absoluto de que goza un Monarca lo lleva, irremisiblemente a la insolvencia.

"Un gobierno democrático no trae esos abusos. Se le conoce con el nombre de isonomía, es decir, igualdad de todos ante la ley y es el más hermoso de todos los nombres. Los magistrados se eligen por suerte; son responsables de su administración, todos los acuerdos se toman en común. Por consiguiente, yo me inclino a abolir entre nosotros la Monarquía y a establecer el gobierno popular.

Otro señor llamado Megabiso, se declaró en favor de la oligarquía. Nada más insensato, dijo, que la multitud. Tratando de evitar la insolencia de un déspota, se cae bajo la tiranía de un pueblo desenfrenado... ¿Hay cosa más intolerable? Si un Rey acomete una empresa es al menos por conocimiento de causa. El pueblo, al contrario, no tiene ni inteligencia ni razón. A ojos ciegas se lanza a las empresas más peligrosas; es un torrente que lo arrasa todo ¡Ojalá los enemigos de los persas prefiriesen una tal forma de gobierno!

En fin, Darío propuso una opinión diferente. La monarquía, dijo, es preferible. Nada mejor que el gobierno de uno solo cuando el Rey es un hombre de bien. Las deliberaciones permanecen secretas; los enemigos del Estado no tienen ningún conocimiento de ellas. No pasa lo mismo con la Oligarquía. Componiéndose este gobierno de varias personas cada una de ellas quiere prevalecer. De ahí los odios recíprocos y las sediciones ...". Véase como se anticipa a ARISTOTELES y cuán actuales son sus argumentaciones.

(3) ARISTOTELES, *La política*, Libro III, capítulos IV y V.

Esta clasificación adquiere una enorme importancia por su valor de actualidad. Algunos autores modernos (Dabin, por ejemplo), sostienen que esta es la única forma de comprender en una clasificación todas las formas de gobierno existentes. Es decir que la clasificación tripartita existió en la antigüedad, pasó por Roma (Cicerón) y la Edad Media (Santo Tomás de Aquino) y todavía mantiene su vigencia en autores modernos.

2) Monarquías y Repúblicas

La clasificación bipartita se remonta generalmente a Machiavelo que dividía los gobiernos en Principados y Repúblicas, según que el gobernante estuviera sometido a las leyes que él mismo dictara o que estuviera por encima de la ley. Realmente Machiavelo hizo la teoría para el príncipe de Medici, aconsejándole que gobernara"como verdadero príncipe", es decir colocándose por encima de la ley, decidiendo soberanamente.

Montesquieu también divide las formas de gobiernos en dos clases: Monarquías y Repúblicas, aunque en la primera forma estudia dos variedades, lo que lleva a distinguir tres clases de gobierno: el republicano, que es aquel en el cual el pueblo ejerce el poder soberano, esto es, aquel régimen en el que los individuos están sometidos a las reglas que dictan ellos mismos como gobernantes; el monárquico, gobierno de uno, pero de acuerdo a reglas fijas y establecidas; y el despótico también gobierno de uno, pero que actúa sin ley ni regla y dirige a voluntad y capricho.

Pero la clasificación que mencionan los autores como fundamental, entre las bipartitas, es la de Jellinek por basarse exclusivamente en el elemento jurídico.

"La cuestión de las diferentes formas políticas -dice- es la misma que las diferencias jurídicas que presentan las constituciones entre ellas" [4]. Y el análisis jurídico se basa en la consideración del elemento más importante de esas constituciones: la forma por la cual se establece el modo de formación de la voluntad estatal. En caso de que la voluntad del Estado se forme de una manera natural, esto es, que el Estado sea guiado por una voluntad psicológica, habrá Monarquía. En cambio si la voluntad del Estado se forma de una manera jurídica -es decir por un procedimiento mediante el cual se logre la conjunción de varias voluntades, individuales- habrá República.

En la Monarquía todo depende de la voluntad del Monarca, la expresión de voluntad del Estado es la manifestación de la voluntad psicológica del Rey; en la República la voluntad del Estado resulta de un complejo de procedimientos jurídicos (elección de gobernantes, actuación de estos dentro de su competencia, por las formas establecidas en la ley, etc.)

De esta manera, dice Jellinek, es que se abarca la clasificación de las

(4) George JELLINEK, *Théorie générale de l'Etat*, t. II, pág. 395.

formas políticas existentes en todas las epocas, porque lo que caracteriza el gobierno monárquico de su época, (la Rusia de los Zares), como el de la Roma imperial, es siempre que la voluntad etática es la voluntad psicológica de una persona; y lo que caracteriza la República, desde el punto de vista jurídico, es que lo que se llama voluntad de Estado es el resultado de un proceso jurídico: la voluntad física o psicológica aun de los gobernantes, no es lo mismo que la del Estado; para querer por el Estado los gobernantes primero han sido elegidos por toda la población (o por cualquier otra forma compleja) y luego actúan de conformidad con los procedimientos y los modos que les indican las normas jurídicas.

Esta clasificación bipartita entre Monarquías y Repúblicas es también muy amplia y ha sido aceptada por muchos autores, inclusive algunos modernos [5].

También los tratadistas señalan la enorme variedad de sub-tipos de una y otra. En efecto, la República puede ser -como el mismo Montesquieu ya lo señalaba- aristocrática o democrática y la Monarquía absoluta o constitucional; evidentemente entre le concepción historica de Luis XIV ("el Estado soy yo") y la de Thiers ("el Rey reina pero no gobierna") hay diferencias esenciales.

5) Clasificación moderna. Democracia y Totalitarismo

Las clasificaciones estudiadas hasta ahora no responden a la realidad de nuestro tiempo. Hoy la Monarquía inglesa es una Democracia y el gobierno del pueblo ruso un Totalitarismo.

Lo único que nos queda de estas clasificaciones es un conjunto de etiquetas que responden a formas históricas del pasado.

Siendo la clasificación un instrumento de estudio, necesitamos una fórmula que nos sirva para nuestra época, separando los sistemas de gobierno actuales en distintas formas, de conformidad con el criterio de la época.

Y en ese sentido uno de los criterios de clasificación propuesto se atiene más al contenido que a la forma, se trata de separar los gobiernos no por el número de gobernantes, sino por la forma cómo se ejerce el poder;

(5) Algunos autores fundan el criterio distintivo en la elegibilidad de los gobernantes de la República y la herencia por la cual se transmite el Trono monárquico. Otros, señalando que puede haber también Monarquía electiva -como ZANZUCHI- dicen que la distinción radi[illegible] en la fuente u origen del poder, por cuanto el Monarca ejerce el poder en bas[illegible] un derecho propio o de una clase, mientras que en la República el gobernante ejerce el poder en base a una elección o delegación del poder por el pueblo *(ob. [illegible]* pág. 42)

más aún, según la distribución de las competencias entre el individuo y el Estado [6], según el modo como toman en consideración los gobernantes los derechos individuales, especialmente aquellos en virtud de los cuales los individuos tienen acceso al ejercicio del gobierno (libertad de opinión, de prensa, de reunión, de pensamiento, de creación de partidos políticos, de enseñanza) [7].

Se dice que lo más correcto es separar los gobiernos en democráticos y totalitarios, según se reconozca la libertad de intervenir en el gobierno a los individuos o no, según se admitan los derechos fundamentales (porque en el gobierno totalitario primero se niegan estos derechos y luego reclama el apoyo popular a través de plebiscitos, etc.)

Se puede objetar que con esta clasificación se excede la simple distinción entre formas de gobiernos para entrar en el problema de los fines del Estado y en la concepción general de vida de un país. Pero es que en nuestra época el gobierno y el Estado, exceden de sus moldes clásicos y lo invaden todo; el intervencionismo del Estado hace que su mecanismo esté

---

(6) Conforme Miguel FENECH, La posición del Juez en el nuevo Estado, págs. 21 a 23.

(7) Un criterio similar adopta el ex catedrático de Derecho constitucional doctor JIMENEZ DE ARECHAGA distinguiendo "gobiernos de fuerza y gobiernos de opinión" y dice que los primeros tienen las siguientes características:

1)Están asentados en la fuerza a diferencia de los gobiernos de opinión que lo están sobre el consentimiento.

2)Necesitan un mito: clase, nación, raza.

3)Responden a una orientación filosófica transpersonalista.

4)Satisfacen las exigencias de una forma particular del Estado: el totalitario.

5)Se destacan por la imprecisión de los límites de su competencia.

6)Concluyen por establecer la concentración del poder en manos de un solo hombre.

7)Tienden a realizar una "Weltanschaung" concepción del mundo y de la vida.

Evidentemente esta es una perfecta caracterización de la división actual de las dos partes en que se encuentra separado el mundo. No obstante, con el afán de simplificar la clasificación, para nuestro curso general he creído lógico poner el acento en la consideración del individuo por el gobierno, en virtud de que realmente esa es la base de todo lo demás. Si se respeta al individuo, su pensamiento y su personalidad hay un gobierno democrático; si se quiere ir a un gobierno de fuerza se comienza por negar estos derechos, tratando de crear justamente una fuerte corriente de opinión a favor del gobierno, que empieza por limitar la libertad de expresión del pensamiento, para deformarlo desde la

indisolublemente ligado a la forma de considerarse los derechos individuales y la concepción sobre el individuo determina la tonalidad de los gobiernos.

Esta es la realidad, se dice y así debe tomarse.

TOTALITARISMO

La base de esta concepción es el transpersonalismo; todo lo abarca el Estado y por eso puede imponer sus ideas, su enseñanza, etc.

En la forma de gobierno totalitaria todas las competencias residen en el Estado; este orienta los individuos de tal manera que se hace necesario que sean suprimidos los derechos individuales relacionados con la libre expresión del pensamiento, libertad de opinión, de prensa, de reunión, restricciones a la constitución de los partidos políticos.

El Estado totalitario no se caracteriza porque no se vote o porque no se cuente con el apoyo de la mayoría; se caracteriza porque en él no hay auténtica libertad de opinión, no hay un lugar para expresar la opinión contraria a la del gobierno (aunque este gobierno sea verdadera mayoría), hay un solo partido político o se tiende a ello; haciendo imposible la gravitación en el gobierno a los otros partidos.

No puede decirse que las llamadas libertadas personales hayan sido abolidas, sino más bien que han sido absorbidas por el Estado y se ejercitan según el interés y el fin estatal, no individual. Exteriormente la organización gubernativa podrá asemejarse a la Democracia, pero las similitudes no son mas que aparentes. Generálmente habrá un jefe de gobierno con poderes exagerados y al que una educación dirigida conduce a transformar en una figura casi mítica. Habrá un Poder Legislativo o Asamblea elegida popularmente - y hasta por mayorías extraordinarias- pero el sufragio carecerá de verdadera libertad (aunque en el acto eleccionario no se haga presión) dado que un partido único -identificado con el gobierno y el Estado- será el que determine quiénes pueden ser los candidatos o la oposición aparezca sin medios por la falta de libertad. La vida política y la económica no tendrán la posibilidad de florecer fuera de las doctrinas y directivas que dominan en el gobierno. El otro poder, el Judicial estará sometido a una misma concepción y el Juez tendrá un campo de acción (arbitrariedad) mucho más amplio que en la Democracia, puesto que no hay derechos individuales que salvaguardar y la justicia debe ejercerse imponiendo concepciones vagas,

---

escuela. Aunque se nos demuestre que la auténtica mayoría (opinión) está con el gobierno, los seguiremos clasificando de totalitario si ha encerrado al Estado en una cortina de hierro y ha suprimido las fuentes de información y de expresión del pensamiento y la libertad de enseñanza.

en función de los fines del Estado, interpretada por el Gobierno o el partido gubernativo.

En cuanto a la DEMOCRACIA, será estudiada más adelante, dentro de las clasificaciones más modernas que analizamos a continuación.

4) Otras clasificaciones modernas

Socialismo y Democracia

También y como forma quizás más moderna, se han distinguido las formas de gobierno (y con mayor amplitud como forma de Estado) entre la Democracia occidental y el Estado socialista.

Insistimos que dentro de un libro de "Introducción" se hace necesario ser muy esquemático y esto nos aleja de la realidad total. Y justamente en este campo, el de las clases de Estado y Gobierno la dificultad se multiplica, al punto que ni los propios libros especializados, como los de los constitucionalistas modernos, pueden abarcar en sus clasificaciones, todas las formas de gobiernos del mundo y, por otro lado, no existe tampoco coincidencia en los diversos autores, entre dichas clasificaciones.

En tren de simplificar tomamos estas denominaciones siguiendo a un autor italiano moderno (Paolo Biscaretti di Ruffia) aunque sea en forma parcial [8].

Según este autor las diferencias, muy esquemáticamente, serían las siguientes.

(8) En puridad el autor incluye cuatro clases, es decir, además de las dos que estudiamos en el texto, incluye también el *Estado autoritario* y el de los *Estados en vías de desarrollo.*

El primero, él mismo dice, que se refiere a formas pasadas (el régimen de Hitler y el de Mussolini, es decir la Italia fascista y la Alemania nazi).

En cuanto al tema (que él mismo llama complejo) de los países subdesarrollados, estamos más bien ante una cuestión económica que política. En efecto, en estos países se incluyen diversas formas políticas se organización (pues comprende desde los países de Africa, a los más variados de América Latina, como Cuba, Argentina, Venezuela, Uruguay, etc.).

También algunos autores hablan del "Tercer mundo" que, en cierta manera, incluye a aquellos países que se oponen al régimen de las dos superpotencias (Estados Unidos de Norte América y Rusia) y sus aliados, tratando de formar un bloque independiente, lo cual no es fácil.

Todo esto incluye una mezcla de factores políticos, económicos, etc. que no creimos del caso incluir, ni entre las formas de gobierno, ni aun entre las formas de Estado.

Democracia clásica u occidental

La base es el reconocimiento a la eminente dignidad humana, basando la organización estatal en el objeto de fomentar las múltiples posibilidades que derivan de dicha persona.

La forma de gobierno se basa en el predominio de la mayoría -ya que no existe otra manera- pero con el respeto esencial a las minorías. Lo que conduce al pluripartidismo (pluralismo, diríamos).

En cuanto a su funcionamiento señala el autor mencionado:

A) Pluralidad de órganos constitucionales y la aceptación de la teoría de la separación de poderes

Se establece una cierta paridad entre los diversos órganos, tratando de mantener un equilibrio. En caso de conflicto la solución se debe diferir al pronunciamiento popular (elección, referéndum).

B) Una constitución rígida y un control de constitucionalidad de las leyes ordinarias (ya sabemos qué significan estos principios).

C) Un Parlamento electivo, generalmente bicameral.

D) Una amplia tutela jurisdiccional de los derechos públicos subjetivos y particularmente los derechos de la libertad civil.

Es decir un Poder Judicial lo más independiente posible, que tutele o defienda los derechos humanos esenciales.

E) Una descentralización amplia, tanto de territorios, como de funciones, aunque esto depende de la organización de los países.

Estado socialista contemporáneo

Tanto como en la democracia (y si se pudiera decir más) la variedad es tan infinita, que resulta muy difícil el esquema. No obstante ello, para clarificar los conceptos, haremos un resumen parecido (aunque opuesto, las más de las veces) al anterior

El Estado socialista, dice Biscaretti, se apoya en principios políticos y jurídicos contrarios, lo que produce diferencias estructurales.

El propio Estado, sustancialmente, está inspirado en la doctrina marxista y a menudo en la interpretación de esta a través de los gobiernos (de la U.R.R.S. o del partido oficial, el comunista).

Partiendo de la afirmación de que las relaciones económico-sociales poseen una clara preeminencia sobre cualquier otro aspecto de la vida, se

fundan las superestructuras (juridicas, religiosas, culturales, etc.) en dicha infraestructura económica.

El Estado socialista constituye la etapa más avanzada que han alcanzado en la evolución augurada los sistemas actuales (destrucción del Estado capitalista, pasaje por un Estado socialista de socialización de los medios de producción y, desaparecidas las diferencias de clase, alcance de la sociedad comunista, en la cual las estructuras coercitivas del Estado se eliminan y sustituyen por el autogobierno social) [9].

De allí se contraponen al otro sistema los siguientes principios:

A) Pierde todo significado la necesaria pluralidad de órganos constitucionales y división de poderes que son sustituidos por una serie de órganos colegiados de elección popular directa (Soviet), con amplios poderes sobre la base de la unidad del poder estatal.

Como se sabe, al tener parte primordial en la organización del Estado, el partido único (comunista) es quien elige los candidatos.

B) La rigidez de la Constitución, si bien subsiste formalmente, pierde parte de su significación y también se considera inútil el instituto de la inconstitucionalidad de la ley, pues los casos dudosos se resuelven a través de decisiones políticas dentro del Presidium. (Es este un comité pequeño dentro del Parlamento).

C) El Parlamento (o Soviet) puede presentarse bajo un aspecto bicameral únicamente en los Estados Federales o regionales. Dentro del mismo (Soviet) hay una Comisión más pequeña que prepara todo el trabajo y lleva los asuntos ya prácticamente decididos.

D) La tutela jurisdiccional de los derechos públicos subjetivos pierde también mucho valor, pues se considera que el Estado (y el Partido) garantiza de hecho el ejercicio de todos los derechos, especialmente los sociales y económicos a los ciudadanos.

E) Pese a la descentralización, acogida en gran escala en los países

(9) BISCARETTI, en una amplitud que no corresponde a este libro, hace un análisis de los distintos sistemas dentro del régimen "Socialista". Inclusive señala que la tendencia, por el momento, no es a debilitar, sino a fortalecer el Estado, sosteniéndose que ello se hace necesario frente a las tentativas agresivas (inclusive de bloqueo económico) de los Estados capitalistas. Solo, dice el autor italiano, en Yugoslavia, aparecen las tendencias hacia la debilitación progresiva del Estado en la autogestión de las diversas comunidades políticas y socio-económicas que ha alcanzado notable progreso (Más ampliamente Biscaretti di Ruffa, ob. cit., pág. 59).

socialistas (y no puede ser de otra manera por múltiples razones, por ej. en la U.R.S.S. y en la República Popular China) se consagra , a la vez, el principio del centralismo democrático.

F) Finalmente es una característica de estos Estados la socialización integral de la producción a través del sistema de la planificación económica..

Como sabemos estos regímenes en Europa han desaparecido o están en vías de desaparecer, en su mayoría tendiendo a constituir sistemas democráticos.

DEMOCRACIA

Daremos un concepto moderno de Democracia, que diferirá, naturalmente, de lo que se ha entendido en otras épocas de la historia.

Vayamos ahora al concepto de Democracia.

Como lo enseña su etimología significa el gobierno del pueblo. Es decir una forma de gobierno en la que todos -o los más- participen en él. Lo que se ha denominado Democracia a través de la historia ha sido, o pretendido ser, eso, el gobierno de todos o del pueblo [10].

Es el gobierno en el que prima la mayoría, sin dejar de lado ni aplastar a las minorías; no se trata de suplantar la arbitrariedad del Monarca por la del grupo mayor, la minoría tiene derechos.

(10) Desde la época de Montesquieu y Rousseau se distingue entre el súbdito, todos los que componen el Estado y están sometidos a sus normas y el ciudadano, quien participa en el gobierno. Y se ha dicho que la Democracia sería idealmente la absoluta coincidencia entre las dos esferas. Como ese ideal es inalcanzable, diríamos que prácticamente es una tendencia a él, existiendo más Democracia cuanto más grupos de súbditos se van convirtiendo en ciudadanos.

Con esta idea cambiamos el concepto de que habría existido una Democracia más perfecta en la antigüedad -en Grecia por ejemplo- que en nuestra época. Lo exacto es que cada vez más ampliamos la Democracia. Frente a la antigüedad hemos logrado: en primer lugar, que se conviertan en ciudadanos posibles todos los hombres al eliminarse la esclavitud; hemos incorporado también a los extranjeros -que reunen ciertas condiciones de trabajo y permanencia en el país- totalmente excluidos de los derechos políticos y hasta de los civiles en la antigüedad y últimamente hemos acordado a las mujeres los derechos políticos.

Nos acercamos, pues, en este sentido, a la Democracia ideal, quedando fuera de la calidad de ciudadanos y como súbditos, solamente los extranjeros que no reúnan las condiciones; los menores, los delicuentes, los que atentan contra el régimen de gobierno, los incapaces y los soldados, según nuestra Constitución (art. 80), es decir, que estamos casi practicamente con las limitaciones que no será posible eliminar, por razones de simple lógica. El Acto Institucional Nº 2 declaró

Precisamente esa forma de gobierno se funda en la idea de que el individuo es un fin en sí mismo y no un simple medio para realizar fines ajenos -teniendo una raíz personalista- siendo la razón del Estado y del gobierno, la de hacer posible a los individuos la formación y el desenvolvimiento de su personalidad. La Democracia se funda entonces, en la idea de que debe gobernar la mayoría, porque este es el mejor sistema, pero no porque esta posea la verdad, que en materia política es relativa. Por ello se reconoce a la minoría el derecho de existir [11].

Este fundamento demuestra que la Democracia es realmente una concepción total de la vida, con diversas manifestaciones en lo político, lo social y lo económico, aun cuando estos aspectos están tan íntimamente ligados que es imposible separarlos.

---

suspendido el ejercicio de los derechos políticos, incluido el voto, a los militares y personal policial en actividad (art. 9).

(11) No queremos entrar en la raíz filosófica del problema de la fundamentación de la Democracia; sólo haremos una breve mención del mismo a modo de sugerencia de ideas. La cuestión fundamental es la afirmación de que el individuo es el único que debe determinar sus normas de conducta, que el supremo ideal es que cada uno debe trazarse la norma a sí mismo. Que esta tendencia individualista haya surgido de la concepción reformista de Lutero, como pretenden los alemanes o de Calvino o del pensamiento que prepara la Revolución francesa, lo cierto es que en ellos hay una tendencia común que lleva a los protestantes a sostener el libre examen de los textos sagrados y a Kant que la máxima norma moral es la autonomía y a los autores contractualistas a afirmar que el contrato social liga a los hombres sin someter a ninguno, dándoles su voluntad como única regla y dejándolos tan libres como antes. (Sobre este punto ver LE FUR, La Democratie et la crise de l'Etat. Archives de Philosophie du Droit, 1934, nros. 3 y 4).

Esa consideración de lo individual conduce, en la Democracia, a la afirmación de que en la vida política no existen verdades absolutas que puedan ser impuestas por la fuerza de la mayoría. Mussolini, criticando el fundamento democrático del gobierno mayoritario, decía que era falso y citaba el pasaje bíblico en el cual hay una discusión entre el profeta Daniel, profeta del verdadero Dios y los 400 profetas de Baal, quienes sin tener razón y por la fuerza del número hubieran aplastado al verdadero Dios. (Citado por Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, Introducción al Derecho, pág. 239).

El error del razonamiento consiste en que, en materia religiosa puede admitirse la existencia de verdades absolutas, pero no en materia de gobierno, en materia política: aquí no se trata de que la mayoría tenga o no la verdad absoluta -que no existe- sino que conviene al interés general que sea la voluntad mayoritaria la que prime, sin aplastar la minoría.

Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, en sus apuntes sobre el Gobierno, señala, sin embargo, que el relativismo es también relativo y que en la Democracia

La Democracia política es la primera manifestación. Consiste en la afirmación de que el poder político tiene derecho a ejercerlo el pueblo y no una persona o un grupo, es decir que la soberanía radica en el pueblo (elemento formal del concepto de Democracia política). Dentro de este concepto se propugna por el gobierno de la mayoría.

Además de esto la Democracia presupone el respeto de ciertos derechos individuales fundamentales como la igualdad y la libertad. Especialmente debe reconocerse que no puede haber un verdadero gobierno democrático sin el respeto y las garantías de las libertades necesarias para garantir la verdadera y libre participación de todos en el gobierno (libertad de expresión del pensamiento, de reunión, de asociación, de enseñanza, etc.). Al revés del gobierno totalitario, al democrático no le basta la votación de la mayoría, es necesario que esa votación se asiente en una auténtica manifestación de voluntad, para lo que es menester que los partidos políticos puedan existir (libre asociación), hacer sus asambleas (reunión), su propaganda (expresión del pensamiento) y es también necesario que esta expresión del pensamiento sea libre de tal modo que no se deforme en uno u otro sentido la mentalidad de la juventud (libertad de enseñanza).

La prueba de que esto es esencial a la Democracia es que cuando se ataca a esta lo primero que se hace es amordazar la prensa, suprimir las reuniones, controlar los partidos políticos, el derecho de trasladarse libremente y como medida de más largo alcance -y también de mayor y más grave efecto- dirigir la educación de los más jóvenes en un sentido especial.

La igualdad entre todos los hombres es también indispensable.

Pero además de la Democracia en lo político, para alcanzar la verdadera concepción de vida a que nos referiremos, es necesaria también la Democracia en lo social y en lo económico [12].

---

hay relatividad en las soluciones, pero no en su idea esencial: la libertad individual y la sumisión al Derecho (pág. 128).

Es que justamente la propia relatividad, que es respeto a la opinión de las minorías, se funda en el máximo respeto por la libertad individual, que sólo se logra mediante la sumisión al Derecho, aun del propio gobierno, inclusive de la voluntad mayoritaria de la Asamblea.

La esencia del respeto a la personalidad humana conduce a que no se pueda otorgar a un grupo, aunque sea mayoría, el derecho de monopolizar la gestión de gobierno, porque aun el Estado está sometido al Derecho y a este no es posible crearlo arbitrariamente. Por eso la Democracia es el gobierno de la mayoría, en el que se reconocen los derechos de la minoría, actuando de conformidad con las normas jurídicas.

(12) Este nuevo aspecto en el que entra la Democracia demuestra, como dice RECASENS, que "la Democracia se ha teñido en las diversas épocas de colores

Esto significa que se considera que no hay Democracia integral si no se asegura a los hombres la libertad desde el punto de vista social y económico, que les permita gozar de los demás beneficios de la libertad política. A este modo de pensar se llega cuando se comprende que no basta con proclamar teóricamente la igualdad y que si no se asegura a los hombres un cierto mínimo de bienestar social y económico, las fórmulas inscriptas en los textos legales no se cumplen en realidad. Entre el patrono y el obrero, entre el más fuerte por cualquier razón y el más débil, la libertad es sólo un beneficio para el primero; por eso, la protección estatal o la formación de grupos, que aseguren cierta defensa de los derechos es indispensable.

Actualmente la Democracia tiende a consolidarse en su manifestación social y los medios por los cuales se manifiestan son el intervencionismo del Estado en todos los campos (contratos dirigidos, intervención del Estado en lo económico creando bancos, instituciones públicas de asistencia y previsión) y el fortalecimiento del grupo (asociacionismo, sindicalismo, etc.) para compensar con el número la inferioridad de otra especie (la económica, por ejemplo). Nuestro concepto individualista nos permite, a diferencia de los que pensaron los grupos revolucionarios de 1789, conciliarlo con la idea del beneficio de los grupos sociales y comprender que el hecho más importante de nuestro tiempo es precisamente la socialización, en todos los campos, sin perder de vista la idea central de que los grupos y las asociaciones se crean para cumplir con fines individuales, para hacer posible en forma más plena el desarrollo de la personalidad.

En síntesis, la Democracia es una concepción total de la vida que en lo público significa que el pueblo, la comunidad, es el titular del poder público, para cuyo efectivo ejercicio deben asegurarse ciertas libertades fundamentales y que en lo social significa que debe garantirse al individuo aislado un mínimo de bienestar por el grupo social.

Como concepción de vida tiende a buscar un equilibrio entre los derechos de la persona y los de la sociedad; comprende que el individuo no puede tener derechos si no es en sociedad y que no puede ser libre si el grupo o los grupos sociales no apoyan y garantizan esa libertad; pero comprende también que los grupos tienen, como razón de ser, que permitir el desenvolvimiento de la individualidad, que tiene fines propios no supeditados a la organización [13].

---

distintos" y así como en los siglos XVIII y XIX se puso al servicio del liberalismo, ahora el programa es "el socialismo a través de la Democracia... Históricamente la Democracia liberal aportó la emancipación de la burguesía y la Democracia social propugnó la emancipación del proletariado" (RECASENS SICHES, *Adiciones a Del Vecchio, Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1936, t. II, pág. 210).

(13) Porque como dice Guy GRAND "si por la exageración del poder de abstracción y el gusto de lo colosal el porvenir se concretara en la constitución de

Y para terminar recordemos que si el individuo es la esencia de la Democracia, de su actividad depende la suerte del sistema. Así como en el gobierno autocrático todo depende de la actuación del dictador, en la Democracia, como todos participan en el gobierno, si cada uno no cumple con su función, fracasa el sistema. La Democracia no sólo otorga beneficios al individuo, también le exige; le exige primero fervor y adhesión , quien no sienta una causa no puede cumplir los deberes que le impone [14]. Y le exige actividad y no actitud pasiva, le exige cumplir con la misión que cada uno tiene, dentro del seno del conglomerado social, que realizar [15].

Democracia directa. Representativa y Semi-representativa

El gobierno, en el régimen democrático, puede ser ejercido directamente por el pueblo, o indirectamente por medio de los representantes elegidos por sufragio.

El primer sistema, el gobierno directo, es aquel en el cual el pueblo ejerce directamente las funciones de gobierno, actúa realizando actos de gobierno sin representantes. Este régimen no existe actualmente y puede afirmarse que nunca se realizó, en Estado alguno. Sólo ha sido posible en pequeñas circunscripciones (Municipios, Cantones suizos, etc.).

Se ha dicho que en Grecia se practicó la Democracia directa; lo que no es exacto, pues si bien el pueblo se reunía en el Agora para discutir y

---

imperios, de cartels, o truts desmesurados, la Democracia no sería mas que un recuerdo. El hombre en vez de ser dueño de las cosas sería sólo un rodaje de las inmensas máquinas económicas a las cuales se sentiría incapaz de dominar... Tal es la hipótesis única en la cual la Democracia podría ser sobrepasada. Aquí la cuestión política refleja el problema de la civilización. Se trata de saber si el mago sabrá, por disciplinas sabias, adueñarse de las fuerzas que ha creado o si los prodigiosos triunfos técnicos deben ser pagados con el aplastamiento de la persona". (Archives de Philosophie du Droit, 1933, 1,2, pág. 59).

(14) Y aunque parezca contradictorio debemos señalar que la Democracia es el régimen que tiene más adherentes, pero relativamente, menos entusiastas y fervorosos luchadores por ella, y esto es un grave peligro contra el cual debemos prevenirnos.

(15) Cada uno debe obrar democráticamente no sólo en el parlamento sino también en su comuna, en el círculo de sus amigos, en su familia. Causa tanto daño a la Democracia el Poder Ejecutivo que cercena un derecho, como el modesto funcionario que deja de cumplir su deber mediante una retribución o el ciudadano que se burla o desprestigia una institución; la diferencia sólo radica en el momento en que producen efecto los actos. Al cabo del tiempo y de su reiteración, el del funcionario y el del ciudadano son tan perjudiciales como el del Presidente, porque van minando la salud de todo el sistema y la confianza en él.

resolver las cuestiones de gobierno, los ciudadanos constituían una pequeña parte de la población, estando excluido los extranjeros, los esclavos, las mujeres, etc. [16]

Era en realidad una aristocracia más que un régimen democrático.

En la época moderna todos los autores citan como ejemplo de gobierno directo el de los Cantones suizos. Es cierto que en algunos de ellos ha subsistido, hasta hace poco tiempo, una forma de gobierno en la cual el pueblo se reunía en Asambleas populares para tomar decisiones, pero en realidad esas reuniones eran muy esporádicas (generalmente sólo una vez al año) y en ellas se limitaba a votar por sí o por no los proyectos sometidos a su consideración. Por otra parte corresponde señalar que fueron los partidos democráticos quienes pugnaron por la supresión de este régimen en virtud de que en ellos se practicaba el voto público con todos sus inconvenientes.

El gobierno directo, pues, es una forma teórica y actualmente imposible de practicar, por el aumento de la población de los Estados y la complejidad de la tarea gubernativa, cada vez más técnica, que exige la especialización para esta labor.

El gobierno representativo es aquel en el cual las funciones de gobierno son realizadas por los representantes del pueblo.

Este tipo de gobierno ha nacido de un largo proceso histórico al cabo del cual los gobernantes se consideran como representantes de los gobernados.

Actualmente la casi totalidad de los regímenes de gobierno son representativos. Los gobernantes son considerados como "representantes" de la ciudadanía y son ungidos en su calidad de tales mediante al acto del sufragio. Este es el único contacto del elegido con el elector; el pueblo solamente tiene derecho de elección, la relación de representación se desarrolla especialmente a través del partido político [17].

El representante no es como el mandatario de derecho privado, porque no es elegido con mandato imperativo [18], ni puede ser revocado, porque sus

(16) Estudiando los datos de la época encontramos que en una ciudad por ejemplo, de 21.000 ciudadanos, había 10.000 metecos (extranjeros) y 40.000 esclavos.

(17) La teoría del gobierno representativo ha dado lugar a múltiples concepciones cuyo estudio no corresponde a este curso. Un buen ensayo de la sistematización de esas teorías puede verse en Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, *Derecho Constitucional*, Primer curso, Teoría del Gobierno, (Edic. Medina, págs. 133 y siguientes).

(18) Después de la Revolución Francesa todos los autores rechazaron el sistema de "cahiers" conteniendo instrucciones para los representantes. En

electores no tienen ningún contacto con él después del voto, salvo a través del partido político. Teóricamente el votante se inclina por un partido político por adhesión al programa de gobierno que este propugna y vota por los candidatos de ese partido

Por esa razón el representante debiera cumplir el programa y las autoridades del partido controlar su actuación [19].

El régimen semi-representativo es aquel que participa de ambos sistemas; el gobierno se realiza indirectamente por medio de representantes, pero el pueblo realiza directamente algunos actos de gobierno. Es decir que no limita su intervención al sufragio, sino que a veces utiliza formas de gobierno directo: plebiscitos, iniciativa popular, recursos contra resoluciones de los órganos gubernativos. El régimen representativo en una Democracia implica que esos representantes son elegidos mediante el sufragio.

Los sistemas de gobierno según la organización de los poderes y sus relaciones

1) Organización del Poder Legislativo

Unicameralismo y Bicameralismo

El Poder Legislativo puede ser unicameral, cuando se compone de una sola cámara y bicameral si se organiza con dos cámaras.

El régimen bicameral, que nació por evolución histórica en Inglaterra [20] es el más difundido. Hay autores que lo consideran como consecuencia indispensable del régimen representativo.

Los autores clásicos destacan que la dualidad de las cámaras es la condición necesaria para debilitar el Poder, impidiendo así la primacía del

realidad la representación en Derecho Público está muy lejos del mandato del Derecho Privado: no hay acuerdo de voluntades, no hay dependencia del "mandante", no hay rendición de cuentas después de la gestión, no hay posibilidad de revocar el mandato, etc.

(19) La libertad política impide que se controle el partido político para que cumpla con esta exigencia. En nuestro régimen no hay ninguna legislación de partidos; ellos se dictan sus reglamentaciones internas en forma autónoma. En otros países existen normas que sin perjuicio de los derechos, reglamentan la existencia de los partidos. (Así por ejemplo en Estados Unidos se controla la inversión de fondos por estas organizaciones, etc.) Ver infra. El Sufragio y sus Garantías.

(20) Para este desarrollo histórico ver: ESMEIN, Cours de *Droit constitutionnel français et comparé*, 6ª ed. Paris. Sirey, 1924, págs. 98 y siguientes.

Legislativo [21]. Se argumenta, también, en favor del bicameralismo, que es un régimen en el cual puede representarse en forma más exacta a la opinión pública, porque el Senado representa la opinión aristocrática o simplemente el elemento moderado de un país. Se sostiene, por último, que el estudio de la ley es más meditado y profundo. El régimen unicameral ha sido también defendido por los autores y llevado a la práctica. Sieyes sostuvo que la ley es la voluntad popular y esta es sólo una; si las dos cámaras están de acuerdo, decía, una esta demás y si están en desacuerdo hay una que se ha apartado de la voluntad popular [22].

Laski decía que la cámara mejor, se vería trabada por la otra.

A favor del unicameralismo se puede decir que el sistema bicameral hace más lenta la elaboración de la ley y que resulta inútil la doble discusión por los representantes de los mismos partidos políticos en una y otra cámara lográndose tan sólo pérdidas de tiempo.

Pero los bicameralistas dicen que es mejor pocas leyes pero buenas y no muchas y malas. Por otra parte, mientras la ley pasa de una cámara a la otra, existe un periodo de tiempo en el que la opinión pública puede pronunciarse por intermedio de sus órganos (la prensa, la radio, etc.), contribuyendo al examen de la legislación y a evitar la precipitación de una tarea tan importante como la legislativa.

No hay duda que el bicameralismo se justifica mejor cuando las dos cámaras tienen integración distinta o funciones distintas.

Así, por ejemplo en un régimen como el inglés hay una cámara de los Lores que se integra en forma totalmente distinta (herencia, distinciones especiales, etc.), a la cámara de los Comunes elegida por la votación popular. Lo mismo sucede en los Estados Federales, en donde una Cámara se elige por todo el país y otra por representación de los Estados. También esa diversa integración existe cuando una de la cámaras se constituye por representación de intereses [23].

---

(21) "El Poder Ejecutivo ha sido debilitado y moderado por la dualidad del Jefe de Estado y los Ministros, el Poder Deliberante debe ser debilitado y moderado por la dualidad del Senado y la Cámara de Diputados". HAURIOU, *Droit constitutionnel*, París, Sirey, 1923, pág. 529.

(22) Esta idea se impuso en las Constituciones de 1791 y 1848.

(23) Algunos autores modernos han sostenido la necesidad de que en la vida política actúen dos clases de elementos: los individuos considerados aisladamente o agrupados políticamente y los grupos sociales determinados, agrupados por sus intereses (gremios, profesiones, etc.)

Se ha dicho que de esta manera existiría una Cámara que representaría fielmente la opinión del país. Este sistema cuya idea se tradujo en el régimen corporativo ha sido defendido por muchos autores modernos.

Su inconveniente radica en que cuando los hombres se agrupan en defensa de sus intereses, no son tan idealistas, como cuando se agrupan para defender una causa política. El político merece objeciones y a menudo se mueve por intereses subalternos, pero genéricamente su actividad está orientada por el ideal del mejoramiento social, mientras que los grupos gremiales se originan en la defensa de los intereses de los agremiados prescindiendo del interés general.

En nuestro pais la dos cámaras se integran en forma casi similar, lo que ha hecho sostener, a algunos, la necesidad de suprimir el Senado. Pero en cambio, en nuestro régimen, además de la función común de elaborar la ley, el Senado tiene funciones propias, porque concede venias, es Tribunal de Justicia política, controla los Entes Autónomos, etc. [24]

2) Organización del Poder Ejecutivo

Unipersonal y colegiado

El Poder Ejecutivo puede organizarse en forma unipersonal, cuando es ejercido por una sola persona o en forma colegiada, cuando está integrado por varios miembros.

En favor del colegiado se ha dicho que es un régimen de mayores garantías porque el gobierno se realiza en forma más meditada, pues en el colegiado se discuten y estudian mejor las soluciones, con la colaboración de todos sus miembros. Es decir, que se mejora, desde el punto de vista técnico, la gestión del Poder Ejecutivo.

En la época moderna el dirigismo económico ha desplazado el centro de gravedad del sistema constitucional de las cámaras al Poder Ejecutivo,

---

(24) Como vemos, casi todos los argumentos a favor de una u otra posición se fundan en el proceso de elaboración de la ley, que es la principal función de las Cámaras, sin embargo no debe olvidarse que ejerce otras muy importantes, especialmente el contralor general de la actividad del Poder Ejecutivo y los demás órganos gubernativos principales.

Es el Poder Legislativo el que ha sufrido y se encuentra en proceso de sufrir, grandes transformaciones en la época contemporánea. En los países de Europa Oriental y en general en los que participan de una tendencia comunista (Rusia y las Repúblicas Populares en Europa, China, etc.), predomina el unicameralismo y como sucede en las Repúblicas Populares existe, dentro del propio Poder Legislativo un órgano llamado el Presidium, con características especiales. Este órgano es una especia de Comite o Poder nacido dentro del propio Legislativo, compuesto por un número reducido de miembros, que es el que realmente ejerce la mayor parte de las funciones.

poniendo en manos de éste un conjunto de nuevos poderes y de nuevas exigencias que hacen necesario ese mayor tecnicismo en el ejercicio del poder [25].

Se agrega que este sistema permite la coparticipación de diversos partidos políticos en el poder Ejecutivo, lográndose un contralor dentro de este Poder en lugar de contralor parlamentario.

Otros destacan que es un modo de darle más publicidad a la gestión del Poder Ejecutivo impidiendo las resoluciones que quedan ocultas. Además, esta forma de gobierno, se ha dicho, es un remedio contra la omnipotencia del Poder Ejecutivo, impidiendo golpes de Estado y debilitando el exceso del poder que las nuevas funciones pueden determinar en favor del Ejecutivo.

Los defensores del régimen unipersonal señalan que por su esencia el Poder Ejecutivo deber ser unipersonal, pues por su naturaleza no es poder deliberativo, sino encargado de una función que hace necesaria la unidad para poder adoptar decisiones rápidas [26]. En cualquier agrupación de personas además del órgano deliberante (Asamblea) debe haber un órgano Ejecutivo (Gerente, Presidente) que está representado por una sola persona.

Se destaca que el régimen colegiado hace lenta la labor del Ejecutivo, deliberándose sobre todos los problemas, sin resolverlos de inmediato. El régimen colegiado diluye la responsabilidad que debe tener el Poder Ejecutivo. Ninguna persona, ni partido, puede ser resposabilizado de la

---

En varias Constituciones modernas, de Estados que no se encuentran bajo la órbita de los países comunistas, también aparece la moderna tendencia al unicameralismo o por lo menos a que las funciones de contralor del Poder Legislativo se ejerzan actuando las dos Cámaras como una sola (Francia). Esta tendencia también nació en Inglaterra, desde principios del siglo por el mismo proceso histórico de evolución de las instituciones inglesas, al quedar reducida la función de contralor a la Cámara de los Comunes.

(25) Conforme Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, Constitución de 1952, tomo 2, pág. 146.

(26) Los defensores del colegiado sostienen que este argumento es más aparente que real, pues son excepciones los caos en que el Ejecutivo requiere una decisión urgente (casos de guerra, medidas de seguridad).

Además señalan que en el régimen parlamentario el Poder Ejecutivo es colegiado y en el Gabinete se toman desiciones y se delibera sobre los problemas más graves sin ningún inconveniente.

La tendencia a traspasar competencias del Legislativo al Ejecutivo y los requerimientos de la compleja técnica gubernativa incompatible con el gobierno del Congreso, quizá requieren un Ejecutivo en el que participen todos los partidos o, al menos los grupos mayoritarios.

acción del órgano. Estos son los argumentos fundamentales con respecto a la organización del Poder Ejecutivo.

5) Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo

Parlamentarismo y Presidencialismo

Según el sistema de relaciones entre el Poder Legislativo y Ejecutivo, el Gobierno puede ser Presidencial o Parlamentario. El Gobierno Parlamentario es aquel en el cual los Ministros son responsables politicamente ante el Parlamento por los actos de gobierno que realicen, siendo indispensable para que permanezcan en el cargo, que cuenten con la confianza del Parlamento.

En el régimen Parlamentario, el Poder Ejecutivo se integra por un titular (Monarca o Presidente de la República), sin funciones de gobierno y sin responsabilidad política y por un Gabinete o Consejo de Ministros, con función de gobierno y responsabilidad política ante el Parlamento. El órgano que dirige la política, el que gobierna, es el Gabinete; el titular del Poder Ejecutivo tiene funciones meramente representativas [27]. Ese Gabinete debe contar con el apoyo parlamentario como condición indispensable para permanecer en su cargo; en caso de que carezca de dicho respaldo, debe caer. A través de este mecanismo el Parlamento és el que verdaderamente dirige la política, dando las orientaciones generales; de aquí el nombre de régimen parlamentario. Este régimen funciona de la siguiente manera [28]: el titular del Poder Ejecutivo tiene un carácter permanente; si es un Monarca durará mientras viva, si es un Presidente dura el período de tiempo establecido por la Constitución. Este Presidente, generalmente, es elegido en forma popular y solo a veces por el mismo Parlamento [29]. El Consejo de Ministros o Gabinete es designado por el titular del Poder Ejecutivo, pero entre personas que cuenten con el apoyo parlamentario. En la práctica el titular del Poder Ejecutivo encarga al Primer Ministro la formación del Gabinete y es éste el que procura constituir un consejo que cuente con el apoyo parlamentario [30]. El mecanismo para determinar la existencia del apoyo parlamentario se realiza por intermedio de dos institutos: el voto de

---

(27) Como en el caso del Rey de Inglaterra de quien se dice que reina pero no gobierna.

(28) Los regimenes son distintos según las diversas Constituciones.

(29) La mayor parte de las Constituciones modernas establecen que el Presidente de la República es elegido por la Asamblea Legislativa (articulo 83 de la Constitución italiana, del 27 de diciembre de 1947, articulo 6 de la Constitución francesa, etc.). Pero no se trata de regimenes presidencialistas.

(30) El articulo 92 de la Constitución de Italia dice: "El Presidente de la República nombra al Presidente del Consejo de Ministros y a propuesta de este, los Ministros".

confianza y el voto de censura. El primero lo pronuncia el Parlamento cuando el Consejo de Ministros, por iniciativa propia, plantea la cuestión. El voto de censura lo da el Parlamento en cualquier circunstancia, cuando no comparte la política del Consejo de Ministros o quiere observar algún acto de gobierno.

En este caso, así como cuando no se consigue el voto de confianza, el Consejo de Ministros debe renunciar [31]. Y entonces se vuelve a elegir otro Gabinete que tenga apoyo parlamentario. De esta manera se hace efectiva la responsabilidad de los Ministros y la orientación general de la política se da por el Poder Legislativo. Se incluye la facultad del Presidente de disolver el Parlamento.

La separación de poderes se flexibiliza grandemente.

El régimen presidencial es aquel en el cual la función de gobierno la ejerce el titular del Poder Ejecutivo, que no tiene responsabilidad política ante el Parlamento.

En este sistema los ministros son simples secretarios del titular del Poder Ejecutivo, sin función de gobierno propia y también sin responsabilidad política. El titular del Poder Ejecutivo (Monarca o Presidente), elegido con presidencia del Parlamento (por herencia o votación popular), es el que dirige la política y nombra y destituye a los ministros, sin tener en cuenta el apoyo parlamentario.

Aquí hay una rígida separación de poderes.

Estos dos sistemas de Gobierno existen en diversos países. En Europa (Inglaterra, Alemania, Italia, etc.) predomina el régimen parlamentario y en América (Estados Unidos, Argentina, Chile, etc.) predomina el régimen presidencialista. La discusión sobre las ventajas e inconvenientes de cada uno ha sido muy amplia. El régimen parlamentario tiene la ventaja de que el Parlamento controla la política del Poder Ejecutivo, lográndose una acción común, la que es beneficiosa para el país [32]. En el régimen parlamentario la separación de poderes aparece sustituida por una colaboración entre los poderes. La interpelación a los Ministros le da publicidad a la gestión de ese poder. Se dice además que es un sistema más democrático, porque el Ejecutivo está integrado por representantes de diversos partidos.

El inconveniente fundamental del régimen parlamentario es la inestabilidad. Es una época en que la gestión de Gobierno es tan compleja y no se puede dirigir un país en forma improvisada y sin planes, resulta altamente perjudicial el cambio de orientación del Poder Ejecutivo que se produce en los regímenes parlamentarios muy frecuentemente. Algunos autores señalan que el inconveniente de los regímenes parlamentarios que se han organizado en las Constituciones europeas es la debilidad del Poder Ejecutivo y consideran que es un error haber roto el equilibrio de la separación de poderes en favor del Poder Legislativo [33].

Sistemas modernos. Evolución del parlamentarismo.

El sistema semipresidencial

Justamente respondiendo a esta preocupación ha aparecido, en algunas constituciones, la tendencia a reforzar las atribuciones del Poder Ejecutivo. Así en la Constitución Degaullista de 1958, en Francia, se traspasan al

---

(31) Una de las características del régimen parlamentario es la colegialidad del Gabinete de Ministros y el carácter solidario de la responsabilidad ministerial. (Conforme HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1943, pág. 416).

(32) Los contrarios al régimen presidencialista señalan que este sistema tiene el inconveniente de que en un mismo país dos órganos de gobierno pueden realizar un política distinta, lo que es perjudicial.

Así, por ejemplo, Wilson, presidente de los Estados Unidos, en un momento en que predominaba en este país la tendencia aislacionista planeó y organizó la Sociedad de Naciones; luego, cuando el tratado de Versailles debió ser aprobado por el Senado de la República, no se obtuvo su ratificación, quedando de manifiesto la dualidad de los poderes en perjuicio del país y en este caso también de la organización internacional.

El mismo problema se planteó a Kennedy con su plan de la "Alianza para el Progreso".

(33) Mirkini GUETZEVICH comentando las Constituciones posteriores a la guerra de 1918, ha dicho que: "El fracaso de la Democracia de algunos países y su reemplazo por regímenes dictatoriales pertenece, no a la ciencia jurídica sino a la historia general con sus causas políticas, históricas y aún psicológicas... El origen psicológico fundamental proviene de la desconfianza de los hombres nuevos hacia el Ejecutivo y la tendencia general de todas las gestiones revolucionarias de establecer una primacía absoluta del Poder Legislativo. Este error de construcción ha tenido por consecuencia el debilitamiento del Estado, la imposibilidad de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos y sobre todo la imposibilidad para los nuevos gobernantes, de vencer las dificultades económicas. Este sistema no podía adaptarse a las necesidades de la vida europea de post-guerra tan difícil.

"Si se releen los debates de las asambleas constitucionales de Europa Oriental o Central se ve que la mentalidad de los revolucionarios es siempre la misma. Piensan más en los abusos de la víspera que en la constitución del mañana. Las Constituciones de post. guerra pensaban tanto en los abusos de los Hohenzollern o de los Habsburgos que no han comprendido que el Ejecutivo que ellos debían crear, debía ser el Ejecutivo de la República, el Ejecutivo democrático al servicio de las nuevas necesidades". (Les Constitutions de l'Europe nouvelle, Paris, 1938, págs. 2 y 25).

Ejecutivo muchas facultades del Legislativo, es decir se permite resolver por medio de decretos muchas materias que correspondían a la ley [34].

A su vez el régimen presidencial en algunos países (inclusive como luego veremos en Uruguay, a partir de 1933) va introduciendo ciertas limitaciones de la autoridad del Presidente de la República, a favor del Parlamento.

Esto ha hecho que ciertos autores modernos hablen de un régimen semipresidencial, lo que nos está demostrando la aproximación de los sistemas.

Es un autor francés que caracteriza a este nuevo régimen conforme a estos caracteres: a) el Presidente de la República es elegido por sufragio universal, b) posee considerables poderes, como en el régimen presidencial, c) se opone a él, sin embargo, un Primer ministro y ministros, quienes ejercen funciones ejecutivas y gubernamentales y pueden estar en el cargo solo si el Parlamento no muestra oposición a ellos [35].

Según un autor chileno que estudia este sistema en Europa, el mismo corresponde a las siguientes constituciones: de Austria, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia y Portugal [36].

Como vemos Francia, que muchos la incluyen en el régimen parlamentario, sin embargo ahora se la categoriza como semi-presidencial, lo que demuestra como los sistemas se van acercando. En efecto, ya dijimos que la Constitución francesa dio grandes poderes al Ejecutivo y además, el titular es elegido popularmente (y no por la Asamblea Legislativa, como sucede con el Presidente de Italia) lo que asegura su permanencia [37].

Este planteo no difiere mucho del que puede hacerse actualmente y por ello lo transcribimos. Mirkini GUETZEVICH insiste mucho en su obra en la necesidad de que dentro del régimen parlamentario se establezca un Ejecutivo fuerte que él considera perfectamente compatible con el régimen democrático.

(34)Arts. 34 a 35 de la Constitución francesa vigente.

(35) MAURICE DUVERGER, *A new political system model; semipresidential gobernment. European Jouran of politica research*, V. 8, N° 8, 1980, pág. 166.

(36) Humberto NOGUEIRA ALCALA. *"El régimen semipresidencial. ¿Una nueva forma de gobierno democrático?"*, Santiago de Chile, 1984.

(37) Ya que hablamos de la nueva Constitución francesa debemos señalar que, en materia de parlamentarismo, se ha establecido un nuevo sistema que trata de evitar la inestabilidad del régimen. En efecto, se establecen algunas trabas para la caída sucesiva de los gabinetes, la que había provocado una situación que colocó a Francia al borde del abismo. Se exige, por ejemplo, que la moción de censura

Se busca también, con las restricciones al Parlamentarismo, evitar q[ue] el cuerpo legislativo esté absorbido por la actividad política y descuide de legislar. Así, en el mismo sentido, en los países socialistas se busca facilitar la labor (deliberativa) de los cuerpos parlamentarios numerosos, creando un cuerpo restringido (el Presidium). Con lo que hay una cierta tendencia en el mismo sentido, pese a las diferencias de los sistemas.

La solución de las República Populares, siguiendo la tendencia comunista, ha sido crear dentro del propio Parlamento un cuerpo más pequeño que tenía funciones, en cierta manera, ejecutivas. La de Francia nueva, la de traspasar esas competencias al Poder Ejecutivo. (Supra nota N° 37).

El problema es muy importante para la salud de la Democracia misma y merece ser estudiado con atención.

SEPARACION DE PODERES

1) El principio de la separación de poderes. Antecedentes.

Muchos autores han sostenido que para la realización de un buen gobierno es necesario que los distintos poderes que forman el gobierno estén separados.

Este principio fue expresado desde la antigüedad. Así Aristóteles, en su "Política", distinguía en el Gobierno la "Asamblea General Deliberante sobre asuntos públicos", el Cuerpo de Magistrados y el Cuerpo Judicial.

La escuela de Derecho Natural de Puffendorff y Locke también defendió está posición [38].

---

deba ser firmada por la décima parte de los miembros de la Asamblea Nacional, que la votación no puede hacerse hasta después de 48 horas de presentada, etc. Luego se establece, que si la moción de censura es rechazada, los firmantes no pueden proponer una nueva moción durante el mismo período de sesiones, salvo el caso de que el Primer Ministro someta la cuestión de confianza al Parlamento (art. 49 de la Constitución).

En realidad el régimen francés no es puramente parlamentario, además de por estas razones, por la circunstancia de que el propio Presidente de la República, como sucedía en nuestras Constituciones de 1934 y 1942, es el que Preside el Consejo de Ministros

(38) Locke es un importante antecedente para la teoría de Motesquieu. Fue el único que expuso, antes que éste, la teoría en forma sistemática. Para él el gobierno estaba formado por tres poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Federativo. El primero hace las leyes, el segundo las ejecuta y el tercero hace los tratados internacionales y se ocupa de la guerra y la paz.

2) La doctrina de Montesquieu

Montesquieu tiene el mérito, por un lado, de precisar la clasificación de los poderes etáticos y por el otro, de encontrar la finalidad práctica de la división : garantir la libertad individual. Este hecho, el haber colocado el principio bajo la égida de la libertad, hace que se diga que es el autor de él. Es que, hasta ese momento, los autores constataban la división de poderes; algunos la propiciaban, pero no recalcaban que era imprescindible, para evitar el abuso del poder.

Montesquieu se inspira en la realidad inglesa, en donde por un proceso histórico se separaron de la Reyecía los otros poderes. Según su teoría, expuesta principalmente en "El Espíritu de las Leyes", existen en el Estado tres poderes: "el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. Por el primero, el Príncipe a el Magistrado hace las leyes... Por el segundo (que sería el Ejecutivo) hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores... Por el tercero (que llamaríamos Judicial), castiga los crímenes y juzga las diferencias entre los particulares...". Y según él estos poderes deben ser divididos porque "...es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder es impelido a abusar de él; va hasta que encuentre límites... Para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por lo disposición natural de las cosas el poder detenga el poder...", "... cuando en una misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados el Poder Legislativo se une al Ejecutivo no hay libertad, puesto que se puede temer que el Monarca o el Senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente... No hay tampoco libertad si el Poder de Juzgar no está separado del Legislativo o del Ejecutivo...".

La exposición y la idea es bien sencilla: si el poder está dividido, cada poder sirve de freno a los demás y de ese modo se impide el abuso salvaguardando la libertad individual. Se establece así un sistema de "frenos o contrapesos" o sea de contralores recíprocos de unos órganos de gobierno respeceto de otros.

3) La aplicación de la teoría de Montesquieu

Para la Revolución Francesa este principio, colocado como guardián de la libertad individual, fue tan esencial que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se dijo que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución" (artículo 16).

Es así que fue aplicado por varias Constituciones de las que siguieron a la Revolución (1971 y año III), a pesar que ya encontró una idea opuesta desde su origen: la tesis de Rousseau de la primacía de la voluntad general y por consiguiente del Poder Legislativo, lo que rompía el equilibrio entre dichos Poderes.

Sin embargo, el principio se expandió con las ideas de la Revolución y fue tomado por los constituyentes de Filadelfia y establecido, con toda la fidelidad que es posible en la Constitución de los Estados Unidos [39].

Posteriormente se extiende a las Constituciones sudamericanas, entre ellas las nuestras, con ciertas atenuaciones como ya vimos.

Las Constituciones de las Repúblicas Populares, siguiendo el ejemplo de la soviética, suprimen el principio. El Ejecutivo (Presidium) es una especie de órgano delegado y dependiente del Poder Legislativo organizado en forma unicameral.

4) La crítica de la teoría de Montesquieu

Se ha criticado a Montesquieu por tres motivos fundamentales.

a) Se dice que en el Estado hay un solo poder y no varios. El poder etático es uno, hay varias funciones.

b) Se expresa que ha fracasado en la práctica: los países que adoptaron el sistema lo hacen con grandes atenuaciones. El régimen parlamentario, muy difundido, es incompatible con una verdadera separación de poderes.

c) No puede admitirse un Estado con poderes separados, que actúen cada uno por su lado.

Los defensores de Montesquieu sostienen que él hablaba de funciones aunque empleaba la palabra Poder y que nunca pensó en la absoluta separación sino en la limitación de un poder por otro.

Sin tomar posición en ésta ardua polémica de los autores franceses, que actualmente carece de sentido, nos parece que queda como saldo favorable de la Teoría de Montesquieu el hecho de que las funciones deben estar divididas, controlándose recíprocamente los órganos del Estado que las ejercen y sin que esta división sea absoluta.

5) Conclusiones. Aplicaciones a nuestro Derecho positivo

Es indudable que el poder del Estado es único; que lo que están divididas entre los diversos órganos son las funciones de gobierno. (Ver

(39) Los constituyentes de los Estados Unidos se mantuvieron fieles a este principio y establecieron una estricta separación de poderes. Así entre el Legislativo y Ejecutivo no había puntos de contacto y los Ministros no podían ir a las Cámaras. Wilson, en su gobierno congresional, critica el sistema y hace notar que se desvirtúa en la práctica, con la ida de los Ministros a las comisiones parlamentarias.

Aquella Constitución de los Estados Unidos, es la que aún sigue vigente.

Funciones del Estado) [40]. Esta división de funciones, sin embargo, no es estricta, sino que los órganos ejercen predominantemente una función, pero también intervienen los demás, pudiéndose lograr de ese modo el perfecto contralor.

Lo esencial es que estén bien determinadas las competencias de cada órgano que ejerza el Poder público de modo que cuando se salga de su función tenga que invadir la del otro. De ese modo se obtiene una perfecta organización jurídica con garantías para los administrados.

Cada poder o función tiene una serie de órganos jerarquizados que terminan en un vértice y tiene sus funciones propias, controlando las de los demás.

Se respeta la separación de poderes. Estamos ante un régimen presidencial, pero con algún matiz parlamentario. No creemos, sin embargo, que entre en la categoría de semi-presidencial.

En la siguiente unidad haremos el estudio analítico de nuestro régimen de gobierno.

Lecturas recomendadas para esta unidad

JELLINEK, George, *Théorie générale de l'Etat.* Trad. francesa, t. II.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. *El gobierno. Apuntes.* Edit. Medina.

DE LA BIGNE DE LA VILLENEUVE, Marcel, *La fin du principe de la separation des prouvoirs.*

BURDEAU, George, *Traité de science politique*, t. VII La Démocratie gouvernante. Ses structures gouvernamentales.

DUVERGER, Maurice, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1956.

BISCARETTI D. RUFFIA, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, 1975.

(40) La confusión se produce porque se llama función al medio empleado y también al órgano que la realiza. Así nuestras Constituciones hablan del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial designando los órganos que realizan dichas funciones.

UNIDAD VIII

REGIMEN DE GOBIERNO NACIONAL

EL REGIMEN REPRESENTATIVO. CIUDADANIA. SUFRAGIO Y SUS GARANTIAS. PARTIDOS POLITICOS. REGIMEN DE ELECCIONES. LOS PODERES Y LOS ORGANOS CONSTITUCIONALES

Gobierno nacional. El régimen representativo

Según nuestra Constitución, la soberanía existe en la Nación y ella se ejerce por el Cuerpo Electoral en forma directa a veces y en otras por Poderes representativos que establece la Constitución. Asimismo se establece en la mencionada norma fundamental, que se adopta como forma de gobierno la "democrática republicana" [1].

De acuerdo con estas disposiciones constitucionales resulta que nuestro régimen es semi-representativo. Sólo se actúa en forma directa en los casos de iniciativa (proyectos de reforma constitucional, artículo 331 inciso A) y referéndum (artículo 304, para los Gobiernos Departamentales). En las demás circunstancias, el régimen normal es el de la elección de personas que actúan como representantes.

En nuestro país, como en la mayoría (por no decir todos) de los regímenes democráticos, el sistema de gobierno es entonces el representativo. Como lo dijimos antes, resulta prácticamente imposible el gobierno directo. En los países que pretenden tener tal sistema, la única consulta en la que el pueblo se pronuncia directamente es cuando se le convoca a la

(1) Dice así la Constitución de la República.

"La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará", (artículo 4°)

"La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución, todo conforme a las reglas expresadas en la misma", (artículo 82).

plazo pública, para que, ante un orador y en medio de una euforia colectiva, se manifieste la voluntad unánime de todos los presentes, resultando inadmisible que en esa oportunidad pueda expresarse alguna forma de discrepancia.

Con todos los defectos del sistema representativo, es el único posible que encontramos para el mecanismo del gobierno popular.

El control que realizan los electores sobre los elegidos no tiene otro medio de expresión, que a través del sufragio y mediante el juego de los partidos políticos. En nuestro país, igual que en los demás regímenes representativos, no es posible otro control del elector sobre sus elegidos, especialmente cuando el sufragio es secreto.

Estudiar entonces el mecanismo del régimen representativo implica estudiar el régimen de sufragio y de la organización de los partidos políticos.

Ciudadanía. Sufragio.

La ciudadanía es el derecho de participar en el gobierno del Estado, ya sea como elector o como elegible. Ciudadano viene de ciudad, pues en la Antigüedad era ésta (como en Grecia) el marco dentro del cual se ejercía el gobierno. Y eran los más apegados a la ciudad, porque habían nacido en ella, quienes la dirigían: sus gobernantes. Los extranjeros quedaban totalmente excluidos de participar en esa actividad directriz.

A medida que transcurre el tiempo se va ampliando el marco de la ciudadanía, incluyéndose primero a los esclavos, luego a los extranjeros que reúnan ciertas condiciones y posteriormente a las mujeres.

En el siglo pasado existieron otras limitaciones, no permitiéndose ese derecho, ni el de ejercer el sufragio que es su consecuencia primaria, a los analfabetos, ni a los que carecían de una cierta entrada mensual (renta o sueldo) mínima, con el fin de excluir a los vagabundos, etc. Pero finalmente primó la idea de que todos debían participar, consagrándose lo que se llamó el sufragio universal.

Según nuestra Constitución "los ciudadanos de la República Oriental del Uruguay son naturales o legales" (art. 73).

En general se llama ciudadano natural al nacido en el país y legal al extranjero que reúne ciertas condiciones. Pero según nuestra Constitución, son ciudadanos naturales, no sólo los nacidos en cualquier punto del territorio de la República, sino también los hijos de padre o madre oriental, con tal que se avecinen al país y se inscriban en el Registro Cívico (art. 74).

Sin embargo, la ley Nº 16.021 del 13 de Abril de 1989, que reglamentó estos artículos, estableció que los hijos de padre o madre orientales, nacidos

fuera del territorio nacional, son de nacionalidad uruguaya, pero no tendrán en ningún caso la calidad de ciudadanos naturales. O sea que, para la ley, los hijos de uruguayos nacidos en el extranjero son ciudadanos legales.

Esta ley reglamentó también qué debe entenderse por avecinarse al país, a los efectos del art. 74 de la Constitución: la realización de actos que pongan de manifiesto, de manera inequívoca, la voluntad de la persona de venir a vivir al país, como por ejemplo, la permanencia en el país por un lapso superior a un año; el arrendamiento o la adquisición de una finca para habitar en ella; la instalación de un comercio o industria; emplearse en la actividad pública o privada; o cualquier otro acto similar demostrativo del propósito indicado. La justificación de estos extremos se hará ante la Corte Electoral.

Los ciudadanos legales son además los extranjeros, a quienes después de haber cumplido ciertas condiciones (especialmente buena conducta, residencia y trabajo), se les acuerda el derecho de tales.

Según la Constitución (art. 75) pueden serlo:

a) Los que tengan familia constituida en la República, tres años de residencia y capital o trabajo (profesión, comercio, industria, empleo, etc.).

b) Los que sin tener familia, reúnan las cualidades mencionadas en el inciso anterior, pero con residencia de cinco años.

c) Los que obtengan gracia especial de la Asamblea General por servicios notables o méritos relevantes, sin llenar las condiciones anteriores.

Vemos, pues, que nuestro Derecho, siguiendo la tendencia de ampliar los cuadros de la ciudadanía, incorpora a los extranjeros, siempre que reúnan algunas condiciones mínimas que aseguren su incorporación a la vida nacional. El Acto Institucional Nº 2, sin embargo, por otras razones, prohibió el ejercicio del voto y otros derechos políticos a los militares y personal policial en actividad. Pero esta norma fue derogada.

Asimismo han quedado excluidas las limitaciones a la ciudadanía por razones de sexo, instrucción, falta de capital, etc. Desde 1917 no existe en nuestra Constitución ninguna otra limitación al ejercicio de tal derecho para los naturales o extranjeros en las condiciones mencionadas, salvo aquellas que resultan absolutamente insuperables, previstas en el artículo 80 de la Constitución. (El voto de la mujer se acordó por una ley de 1932, de acuerdo a lo previsto por la Constitución de 1917).

El sufragio y sus garantías

Lo primero que expresa nuestra Constitución al referirse al sufragio es que es *obligatorio*, así como la inscripción cívica (artículo 77).

Se trata, de acuerdo con la noción moderna, no solamente de un derecho del ciudadano sino, además, de un deber, que adquiere particular importancia en un régimen democrático en el cual la participación de todos en el gobierno, aunque sea en el momento de la elección, es imprescindible.

La obligatoriedad del sufragio, igual que la de la inscripción cívica, todavía aquélla más que ésta, encuentra dificultades en la aplicación práctica, siendo difícil sancionar a quienes no cumplen con esos deberes. Luego de varios proyectos se aprobó una ley estableciendo sanciones para quien no vote (prohibición de hacer trámites, cobros, obtener empleos públicos y otros similares). Esta ley se aplicó efectivamente a partir del año 1971, exigiéndose, por un prolongado lapso posterior a las elecciones nacionales de ese año, para la realización de cualquier trámite ante una dependencia pública, la constancia de haber votado.

Más recientemente la ley N° 16.017, del 13 de Abril de 1989 reglamentó todo lo concerniente a la obligatoriedad del voto, estableciendo el sistema de estampar un sello en la Credencial en el acto de emitir el voto. El ciudadano que no exhiba la Credencial con el sello no podrá otorgar escrituras públicas, ni cobrar sueldos, jubilaciones y pensiones, ni percibir sumas de dinero que el Estado le adeude por cualquier concepto, ni ingresar a la Administración Pública, ni inscribirse, ni rendir exámenes en la enseñanza pública, ni obtener pasajes para el exterior en ninguna empresa o compañía de transporte. Quien no haya podido votar por causas fundadas deberá acreditarlo, dentro de los 30 días siguientes al acto eleccionario, ante la Junta Electoral; se consideran causas fundadas las siguientes: padecer enfermedad, invalidez o imposibilidad física que impidan, el día de la elección, concurrir a votar; hallarse ausente del país el día de la elección; imposibilidad de concurrir a votar por razones de fuerza mayor; o hallarse comprendido en una de las causales de suspensión de la ciudadanía establecidas en el art. 80 de la Constitución. El ciudadano que, sin causa justificada, no cumpliera con la obligación de votar, incurrirá en una multa de una unidad reajustable la primera vez, y tres unidades reajustables por cada una de las siguientes. Las multas se duplicarán cuando los ciudadanos omisos sean profesionales o funcionarios públicos.

La Constitución expresa también que el sufragio es *secreto*. Se trata de la solución de un problema discutido en doctrina. En efecto, desde el punto de vista puramente teórico, el voto público parece mejor, pues no existe razón para que el ciudadano tenga que ocultar por quien sufraga. Es más, el secreto del voto a veces alienta las malas cualidades, como la mentira, la traición, el engaño, etc. Por eso en algunos lugares, donde no es posible ejercer presiones, se utiliza este sistema (en un gremio profesional o universitario). Pero en la práctica tratándose de la elección de ciudadanos, se ha hecho necesario implantar el voto secreto como una de las máximas garantías a la libertad del sufragio. Mientras éste no se estableció, predominaban las presiones que ejercían sobre los votantes quienes tenían una relación de superioridad por alguna razón, los jefes sobre sus empleados, los patronos sobre los obreros, los superiores jerárquicos sobre sus inferiores, etc. Bien sabemos cómo se desvirtúa la Democracia tratando de conseguir votos mediante promesas, empleos o cualquier otro tipo de dádiva y presión o amenaza. Es evidente que si esto se da, aún en el actual régimen del voto secreto, con mayor razón existía, cuando el voto era público. En realidad la implantación del voto secreto incorporada en nuestro país en 1916 (y luego desde la Constitución de 1917 en adelante) ha representado un gran adelanto para el ejercicio del sufragio y para el mejoramiento democrático en sí.

Además de secreto, el sufragio en nuestro régimen es *universal*, como ya dijimos, habiéndose eliminado todas las posibles restricciones al ejercicio de este derecho ciudadano.

Otra de las garantías que se establecen para el sufragio, que tiene que ver con la libre reflexión del elector, es la llamada veda de propaganda. La ley N° 16.019 de abril de 1989 dispuso que los actos de propaganda proselitista en la vía pública, o en locales abiertos al público o en los medios de difusión, deberán cesar cuarenta y ocho horas antes del día de la elección, plebiscito o referéndum. También impide dicha ley durante los dos días anteriores difundir encuestas o consultas o cualquier otro tipo de manifestación exhortación dirigida a influir en la decisión.

La Constitución se refiere después, al sistema electoral, estableciendo que será el de la representación proporcional (también esta mejora se establece a partir de la Constitución de 1917 y en adelante figura en todas las demás).

En realidad existen y han existido, diversos sistemas electorales. Tratando de buscar el medio por el cual las personas que integran el gobierno sean efectivamente los representantes de los ciudadanos, se ha producido una evolución. El primer sistema electoral ideado fue el de dar el gobierno al partido mayoritario. Se pensó que era la mejor solución, de acuerdo con el sistema democrático en el que, como lo expresamos, no existe otra manera de resolver la cuestión sino mediante el mando y el gobierno de la mayoría. De acuerdo con este régimen, el partido que obtenía más votos llevaba todos los cargos de gobierno. Luego se pensó que era conveniente que interviniera también, al menos como contralor, algún otro partido. Especialmente en los países en que existían dos partidos principales, se estableció el sistema de mayoría y minoría. Según éste, el partido mayor se lleva la mayoría de los cargos electivos (el Presidente de la República, la mayoría de los diputados y senadores, etc.) y el resto corresponde al partido que sigue al primero en número de votos (minoría mayor).

Posteriormente se pensó, que aún de esta manera, quedaban excluidos del gobierno muchos otros partidos (menores), que a veces podían representar, en conjunto, una cantidad mayor que la del partido ganador. Entonces se ideó el sistema llamado de la representación proporcional, según el cual, todos los partidos están presentes en el gobierno en proporción a su caudal

electoral. Tal es el régimen establecido en el Uruguay según nuestra Constitución y las leyes electorales.

Partidos políticos y régimen de elecciones

El mecanismo electoral debe estar complementado por una ley que regule el acto electoral y el funcionamiento de los partidos políticos.

Ya expresamos que la única manera de funcionar el régimen representativo era a través de los partidos políticos, pues de esta manera, el elector vota, más que por un candidato, por un partido, por su programa de ideas y luego éste debe ser desarrollado por el elegido. Desde luego que tal es la solución teórica y existen graves dificultades para llevarla a la práctica. Si se quiere exigir, como sería lógico y moral, el estricto cumplimiento del programa, a través de una legislación de partidos políticos, ésta tiene el peligro de coartar la libertad de esos partidos imponiéndoles restricciones, contralores, intervenciones de personas ajenas, etc. Y también sabemos que la libertad de partidos políticos es esencial a la Democracia y que en el país en el cual determinados partidos políticos no están permitidos, no tienen auténtico régimen democrático.

En nuestro país la Constitución establece la obligación de que los partidos ejerzan la Democracia en la elección de autoridades y den la máxima publicidad a sus Cartas Orgánicas y Programas (art. 77 ord. n).

Resulta indispensable el cumplimiento de estas metas que fija la Constitución; en una organización democrática basada en el pluralismo de partidos políticos (como ya veremos) es esencial que éstos mantengan, como dice la Constitución, una "Democracia" interna. Es decir, que tengan una Carta Orgánica a través de la cual se den una organización, que tengan un Programa, el cual sirve para que sus adherentes sepan cuáles son sus propósitos y fines en la dirección del gobierno porque se postulan y, naturalmente, que sus autoridades sean elegidas democráticamente.

En nuestro Derecho se carece de esa legislación; el gobierno de facto en 1982 dictó una ley de partidos políticos que establecía la elección de autoridades en forma democrática (coincidente con el acto comicial nacional) y reglamentaba su funcionamiento que lamentablemente el Parlamento democrático derogó sin dictar otra en su lugar, pese a sus propósitos. Es así que hay un gran vacío, aun en materia electoral, que hubo que llenar de urgencia y parcialmente con motivo del plebiscito de 1989 (ley de caducidad).

En consecuencia actualmente los partidos se organizan libremente, lo que es un error. Unos tienen carta orgánica y autoridades, unos hacen elección interna; otros se manejan de otra manera.

Es de esperar que el Poder Legislativo subsane esta omisión y los partidos entren a funcionar orgánicamente y bajo una reglamentación la

partidos entren a funcionar orgánicamente y bajo una relgmanetación la cual, naturalmente, debe respetar la libertad y democracia interna de cada colectividad, dentro de un orden preestablecido.

El régimen de elecciones en Uruguay se funda en la *representación proporcional* y el *doble voto simultáneo*. Según el primero, para los diversos cargos electivos se dividen éstos en proporción a los votos que obtiene cada partido.

En cuanto al doble voto simultáneo, significa que el votante sufraga a la vez por el partido y los candidatos. O sea que primero se computa el voto al partido (al lema) y luego al candidato a la lista. Entonces primero se declara ganador al lema y luego, dentro de éste, a las listas mayoritarias.

El régimen de lemas proviene de las viejas leyes de 5 de mayo de 1934 y 23 de mayo de 1939. Según éstas la propiedad del lema pertenece al partido que siempre lo ha usado, o el que lo registre (sin oposición por parte de quien entiende que es el mismo o parecido al anterior).

Lemas son los nombres adoptados por los partidos: Colorado, Nacional, Frente Amplio, etc. La acumulación de votos se hace en función de lemas permanentes que son los que ya participaron en una elección obteniendo representación parlamentaria (art. 79 Const.). La ley por 2/3 de votos puede modificar el sistema.

El sistema responde a razones históricas, además a la necesidad de que exista cierta cohesión dentro de los candidatos de un mismo partido (lo que justamente se logra si hay autoridades electas democráticamente). Tiene partidarios y detractores que sostienen que es una traba al desarrollo democrático.

LOS PODERES Y LOS ORGANOS CONSTITUCIONALES

Evolución del régimen de Gobierno en nuestro país

La Constitución de 1830

La primera Constitución codificada en nuestro país fue la de 1830 (2).

Estableció un régimen de Poder Ejecutivo unipersonal y de Poder

(2) Decimos la primera codificada porque Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA ha demostrado que, desde que nuestro país fue independiente hasta 1830, existió una primera Constitución, compuesta por una serie de leyes de carácter constitucional, dictadas por Asamblea que estructuraban un régimen de gobierno nacional, un régimen de gobierno local y una parte de la teoría de la libertad (*La primera Constitución de nuestro Estado*, Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, N° 67).

Legislativo bicameral. Ese carácter de bicameralismo se ha mantenido a través de toda nuestra vida institucional, hasta el Consejo de Estado del Régimen de Facto. Además, en cuanto a las relaciones entre ambos poderes, era un régimen presidencialista.

El Poder Legislativo se formaba por la Asamblea General compuesta por dos cámaras, la de Diputados elegida por sufragio popular (pero no universal) y la de Senadores por medio de un colegio (art. 28).

El Poder Ejecutivo estaba integrado por un Presidente elegido por la Asamblea General, esto es, en forma indirecta (art. 73) y Ministros que eran simples secretarios suyos, elegidos y destituidos por él. Era un sistema presidencialista: las funciones del gobierno las ejercía el Presidente, quien no tenía responsabilidad ante el Poder Legislativo [3].

Este presidencialismo no era tan puro como el de los Estados Unidos, donde el régimen de separación de poderes no permite que los Ministros ni siquiera concurran a Sala. En el sistema de la Constitución de 1830 los Ministros podían ser llamados a Sala "para pedirles y recibir los informes que estime convenientes" (art. 53). Pero de todos modos estamos ante un régimen presidencialista en el cual el Poder Legislativo no controlaba ni orientaba la política del Ejecutivo.

La Constitución no estableció el sufragio universal [4].

En cuanto al Gobierno Municipal la tendencia fue centralista: los departamentos estaban dirigidos por Juntas Económico-Administrativas, con escasas facultades y ninguna autonomía [5].

(3) No debe confundirse la responsabilidad política, característica del régimen parlamentario, con el juicio político a que están sometidos en cualquier régimen -inclusive en el presidencial- los titulares del poder Ejecutivo (en este caso el Presidente de la República, así como otros miembros de importantes Poderes del Estado, como los de la Corte de Justicia, etc.), por la comisión de delitos especiales como el de violación de la Constitución o de las leyes, traición, malversación de fondos u otros delitos graves. La responsabilidad política implica una censura a un acto de gobierno, una discrepancia con el punto de vista del interpelado sobre determinado acto político; el juicio político significa, en cambio, la imputación de un delito; el primero, no es deshonroso, en cambio el segundo sí, pues implica una acusación delictuosa. Por esto la Constitución de 1830 establecía el juicio político, pero no la responsabilidad política.

(4) En la Constitución de 1830 la ciudadanía se suspendía, entre otras por las siguientes causales: "Por la condición de sirviente a sueldo, peón jornalero...notoriamente vago...por el hábito de ebriedad...por no saber leer ni escribir...por deudor al fisco declarado moroso..." (artículo 11). Es decir que había limitaciones que hacía que el sufragio no fuera universal.

(5) Estas juntas Económico-Administrativas, han sido calificadas como "comisiones pro-fomento", tan escasas eran sus funciones y así la vida local quedó

La Constitución de 1830, tuvo importantes defectos, casi todos atribuibles a la época en que fue redactada, pero indudablemente fue un importante instrumento de organización de las instituciones, llegándose a afirmar por algún autor que fue la mejor que hemos tenido como documento jurídico.

El centralismo y el desarrollo del Poder Ejecutivo que condujo luego a la reforma colegiada, no fueron evidentemente causados por el régimen constitucional, sino por otras causas más profundas como la tendencia unipersonalista que determinaron los factores sociológicos dominantes como el caudillismo y el militarismo y el desarrollo de los fines (secundarios) del Estado, que en vista de la organización de éste cayeron en la órbita del Poder Ejecutivo, aumentando su poder [6].

La Constitución de 1917

En el año 1917 se hace una nueva Constitución, siguiendo los procedimientos normales; luego que se hubo reformado el sistema para la reforma constitucional.

Esta reforma fue precedida por una intensa campaña en defensa de diversos principios, tales como la implantación del Poder Ejecutivo colegiado, la descentralización y autonomía municipal, la laicización del Estado separándolo de la Iglesia, etc. El problema que abarcó más la atención ciudadana fue la campaña de José Batlle y Ordóñez a favor de la implantación de un Ejecutivo colegiado, que él tomó de Suiza, en cuyo régimen veía la mejor manera de obtener la disminución del poder personal del Presidente de la República que, por entonces, había llegado al máximo grado de desarrollo.

trunca. En este aspecto la Constitución de 1830 siguió la reacción del momento contra los Cabildos (cerrados), que había llevado a su supresión desde el 1° de enero de 1827. (Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, *La Constitución Nacional. Curso de Derecho Constitucional*, página 51).

(6) Esta es la posición de Pablo BLANCO ACEVEDO (*Estudios Constitucionales*, Montevideo, 1939, pág. 49) quien defiende esta Constitución frente a sus detractores (Zum Felde y otros) que sostenían que era la causa de todas las calamidades de nuestro régimen político.

Los principales defectos: la limitación del sufragio, la falta de autonomía municipal, etc., se debían a los principios que imperaban en la época. Estamos de acuerdo totalmente con BLANCO ACEVEDO en cuanto a que no puede atribuirse al régimen constitucional la primacía del Poder Ejecutivo, el personalismo que llevó a tantos golpes de Estado y revoluciones. Es evidente que la Constitución en su organización estableció más bien un Ejecutivo débil: la elección por la Asamblea General, la intervención del Senado en los nombramientos más importantes, la limitación en materia presupuestal, etc., son todos elementos que demuestran que si algo podía objetarse -teóricamente- al régimen, era la primacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo.

La Asamblea Constituyente fue elegida el 30 de junio de 1916, mediante el sistema recientemente implantado del voto secreto y la representación proporcional y significó una derrota para la tendencia gubernista (colegialista). No obstante se hizo un acuerdo político entre los partidos mayores sobre la base de ciertos puntos votándose así la nueva Constitución, promulgada en 1918.

Esta encierra ciertos principios nuevos, que ya estaban en el pensamiento de las generaciones que preparaban la reforma, y algunos plasmados en ley. Nos referimos al sufragio universal -se termina con todas las restricciones al voto- y secreto y al régimen de garantía al sufragio, a la representación proporcional, a la consagración del principio de neutralidad religiosa del Estado, a la facilitación del ejercicio de la ciudadanía legal, al reconocimiento del derecho al sufragio a la mujer (si bien condicionando, su ejercicio, a la sanción de una ley, que recién se dictó en 1932).

En materia de servicios públicos se observa una tendencia a la descentralización: se constitucionalizan los Entes Autónomos, que ya existían en parte y se otorga una amplia autonomía a los Gobiernos Municipales, los cuales como en todas las Constituciones, se organizan a semejanza del Gobierno Central, en este caso integrados por Asambleas Representativas y Consejos de Administración (parecido al régimen de 1952).

El cambio fundamental lo fue en materia de organización del Poder Ejecutivo, el cual se estructura con dos cabezas, dos órganos distintos: el Presidente de la República, al cual corresponde la tarea puramente ejecutiva - Ministros del Interior, de Guerra y Marina y de Relaciones Exteriores- y el Consejo Nacional de Administración, a quien compete la tarea administrativa. (Hacienda, Instrucción, Higiene y Salud Pública, etc.).

Esta división del Poder Ejecutivo en dos partes, además de ser originada en la transacción política entre los dos partidos opuestos, uno sosteniendo el régimen colegiado y el otro el unipersonal, tiene su justificación teórica en la división de las funciones que realiza el Poder Ejecutivo normalmente: la gubernativa o ejecutiva propiamente dicha y la administrativa. Fue, en lo político, un régimen de coparticipación de mayoría y minoría en el gobierno.

Es bicameral y en cuanto a las relaciones entre los poderes: presidencialista[7].

(7) El régimen de relaciones entre ambos poderes se mantiene casi incambiado. El artículo 53 de la Constitución de 1830 decía que "Los Ministros pueden ser llamados a Sala para pedirles y recibir los informes que estime conveniente" y agregó la de 1917 en su artículo 50 "ya sea con fines legislativos, de inspección y de fiscalización". De cualquier modo el régimen sigue siendo presidencialista, con este pequeño matiz de la venida a Sala de los Ministros, en cuyo caso no puede censurárseles. (Durante la vigencia del sistema se discutió inclusive si la Cámara, en ese caso, podía hacer declaraciones).

La Constitución de 1917, como documento, es inferior a la anterior, inclusive su redacción es menos cuidada. Estableció principios indiscutiblemente más adelantados en la organización institucional. Y fue, por sobre todas las cosas, un instrumento de pacificación política que permitió la consolidación de nuestras instituciones durante el período de vigencia.

El período constitucional de 1934 a 1951

La Constitución de 1917 es modificada fuera de las normas constitucionales: por un golpe de Estado en virtud del cual se derrocaron los poderes constituidos y por medio de una Asamblea Deliberante se hizo la nueva Carta. Entre diversos factores, la situación de descontento provocada por la crisis, que no era más que una manifestación de desequilibrio mundial, sirvió de pretexto para arrasar con esa Constitución, quebrando así la paz política en que había vivido el país desde 1917 [8].

La Constitución de 1934, sufre modificaciones en 1936, 1938 y 1942. Esta última se realiza también mediante un golpe de Estado por vías ilegales. De cualquier manera, en este esbozo histórico, tomaremos todo este período en conjunto, por mantenerse las características generales, en lo que nos interesa, más o menos iguales.

La Constitución de 1934 se hizo pensando que había fracasado el régimen colegiado y que, en consecuencia, el único medio para disminuir el poder del Presidente y de aumentar la intervención del Poder Legislativo, era el parlamentarismo. Tratando de evitar el principal defecto de éste, la inestabilidad, se buscó una fórmula mixta.

En la organización del gobierno se nota la tendencia a la co-participación de dos partidos en la dirección de aquél.

En otros aspectos, la Constitución, siguiendo las tendencias del momento y especialmente el movimiento constitucional de postguerra, introduce importantes innovaciones. Así, en materia de derechos individuales cambia la orientación, estableciendo deberes para los individuos y una amplia enumeración de contenido programático, capítulos que se han mantenido casi intactos hasta hoy.

(8) Un prestigios historiador nacional decía "Históricamente será de difícil explicación el golpe de Estado del 31 de marzo de 1933. No hubo entonces factores determinantes, claramente perceptibles, ni tampoco se encontrarían causas tan profundas y poderosas como para obligar necesariamente la creación de un nuevo orden de cosas. El país había vivido los últimos treinta años en paz y la idea de una alteración constitucional parecía tan remota y alejada de la realidad que las jóvenes generaciones no concebían los días aciagos, de incertidumbre y desesperanzas de otros tiempos sino como sucesos del pretérito felizmente desaparecidos y terminados". (Pablo BLANCO ACEVEDO, *Estudios Constitucionales*, pág. 73).

En la materia electoral establece un capítulo nuevo: la Justicia Electoral, por el que se constitucionaliza la Corte Electoral surgida por ley de 1925. Con referencia a los Entes Autónomos, frente a un único artículo de la Constitución de 1917, los organiza, distinguiéndolos de los Servicios Descentralizados y estableciendo su estructura orgánica y funcional. En materia municipal disminuye un tanto la autonomía, en cuanto quita a los organismos locales la facultad de crear impuestos y contratar empréstitos y por último, en materia de reforma constitucional establece un régimen más flexible (*supra*, unidad IV). Se crea además el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Todas estas innovaciones han sido mantenidas hasta el presente.

El Poder Legislativo sufre una importante modificación en la organización del Senado, al establecer que se compondría de 30 miembros elegidos en una sola circunscripción electoral [9], correspondiéndole 15 a cada uno de los partidos mayoritarios [10]. Este régimen fue suprimido en 1942.

En cuanto a la organización del Poder Ejecutivo se introdujeron importantes modificaciones. Estaba integrado, como en la actual Constitución de 1967, que mucho se ha inspirado en aquel régimen, por un Presidente elegido por el pueblo y un Consejo de Ministros. Este era un órgano independiente de sus respectivos integrantes, que lo eran el Presidente y los Ministros. Es decir que, como en la actual Constitución, sin perjuicio de las funciones que ejercía el Presidente con los respectivos Ministros, aparece otro órgano, el Consejo de Ministros en el cual las decisiones se tomaban por mayoría y se deliberaba por todos sus componentes.

En cuanto a las relaciones entre ambos poderes se establece también un régimen muy similar al actual, en el cual se ha inspirado la Constitución de 1967. Igual que ahora el Presidente elegía sus Ministros "entre ciudadanos que por contar con el apoyo parlamentario aseguren su permanencia en el cargo" [11]. Y estos Ministros podían ser censurados y caer como si se tratara de un típico gobierno parlamentario. No obstante, el rodaje de la censura era tan pesado que nunca funcionó en la práctica, a pesar de que existió más de una vez discordancia entre ambos poderes (la censura la debía votar la Asamblea General por mayoría absoluta, igual a la que se establece actualmente). También como en la Constitución de 1967, se le daba al Presidente de la República la facultad de observar el voto de desaprobación y de disolver las Cámaras llamando a nuevas elecciones en caso de mantenerse la censura. En esta emergencia si las nuevas Cámaras compartían la posición de censura de las anteriores, caían el Presidente y el Consejo de Ministros [12]. Esta Constitución, cuyo régimen parlamentario

(9) Una de las críticas al régimen anterior era la elección de un Senador por Departamento que establecía una injusticia, pues un partido con menor número de votos que otro llevaba a veces la mayoría del Senado. Las Constituciones de 1830 y 1917 establecieron que la Cámara de Senadores se elegía a razón de uno por departamento en forma indirecta. La reforma constitucional, ratificada por ley de 27 de octubre de 1932, había establecido que la elección sería directa, en la forma establecida por la ley.

(10) Este régimen de "medio y medio" fue uno de los aspectos más criticables de esta Constitución. El artículo 86 decía que corresponderían quince "a la lista más votada del lema más votado y quince a la lista más votada del lema que le sigue en número de votos".

Este régimen fue suprimido en la Constitución de 1942 en la que se estableció que los treinta senadores serían elegidos en una sola circunscripción electoral, por el sistema de representación proporcional integral (artículos 85 y 86).

(11) La Constitución de 1934 agregaba la siguiente proporción: "5 o 6 ministros a la mayoría que haya triunfado en las elecciones y 3 al partido que le siga en número de sufragios". En 1942 se suprime esta proporción obligatoria, pero se establece que "no obstante, podrá adjudicar siempre cuatro ministerios dentro del lema del Partido que lo eligió".

Actualmente se han suprimido estos agregados, que desvirtuaban el parlamentarismo y sólo se establece que debe contar con el apoyo parlamentario. Teóricamente cabe admitir que el Presidente puede elegir un gabinete ajeno a su partido, con tal que cuente con ese apoyo.

(12) Resulta congruente con la posición que tenía el Presidente, que éste también cayera; en efecto era él quien mayor peso tenía en el Consejo de Ministros, al que elegía y presidía -con el doble voto como ahora- por lo que resultaba lógico que la censura lo alcanzara a él. Sin embargo, la caída del Presidente resultaba un mecanismo complicado. La Constitución no lo decía, pero lógicamente habría que prever una nueva elección, que se agregaba a la que recientemente se había hecho de las Cámaras.

Actualmente la caída no involucra al Presidente sino, solamente, al Ministro o Ministros censurados.

(13) En 1936 y 1938, se hicieron, mediante leyes constitucionales, dos reformas parciales sin mayor importancia desde nuestro punto de vista y con la fundamental intención de afirmar el régimen de coparticipación entre los partidos gobernantes. En 1942 se aprueba una nueva Constitución, fruto de un nuevo golpe de Estado que diera el general Baldomir. El clima que preparó la reforma fue de una intensa y popularísima propaganda, en la que prácticamente participaron todas las fuerzas políticas, con excepción del partido Herrerista, pues aun los que no compartieron el procedimiento, aguardaron el camino hacia la normalización institucional con expectativa. La Constitución de 1942 suprime el régimen de coparticipación obligatoria y los privilegios que la Constitución de 1934 daba a la minoría mayor: elimina el Senado de 15 y 15 y la obligación del Presidente de elegir tres Ministros de la minoría.

El próximo paso fue convocar elecciones libres en las que nuevamente votaron los partidos, saliéndose así, definitivamente, del régimen instaurado por la dictadura terrista de 1933

evidentemente no funcionó, fue modificada en 1936, 1938 y 1942 (13) y posteriormente en 1951.

La Constitución de 1952

En el año 1952 se aprueba una nueva Constitución por el procedimiento de las leyes constitucionales.

El movimiento reformista giró sobre la instauración del gobierno de coparticipación entre los dos partidos mayoritarios.

El Poder Ejecutivo -centro principal de la reforma- se componía de un Consejo formado por nueve miembros, elegido por votación popular, en el que correspondían seis al lema más votado y tres al que le seguía en número de votos. Los seis de la mayoría correspondían a la lista más votada dentro del lema, salvo un caso especial un sub-lema que podía llevar un cargo. En cambio los tres del lema de la minoría se distribuían proporcionalmente entre diversas listas del lema. Se trató de que coparticiparan los partidos políticos mayoritarios en el Consejo de Gobierno, aun cuando dándole la decisión a un grupo de la mayoría, es decir al que correspondía a la lista más votada. Al otorgarle por lo menos cinco o seis cargos a dicha lista y establecerse en la Constitución que todas las decisiones del Consejo de Gobierno se tomaban por mayoría, se pensó que existiría la posibilidad de una acción coherente de esta mayoría, quedando la minoría en función de contralor.

La Presidencia era rotativa en el orden de la lista mayoritaria: se trataba de un colegiado integral. Existían Ministros que no formaban parte del Poder Ejecutivo, designados y revocados por el Consejo de Gobierno. No obstante el régimen presidencialista, los Ministros podían ser censurados y caer igual que en el régimen actual (y en el anterior).

La Constitución de 1967

Esta Constitución se hizo siguiendo uno de los procedimientos de reforma constitucional previstos, el del inciso a), mediante un proyecto que fue presentado, originariamente, por iniciativa popular y luego la Asamblea General presentó otro sustitutivo, el que fue aprobado por una excepcional mayoría de votos que superó el doble requisito exigido por la Constitución, a pesar de plebiscitarse simultáneamente otros tres proyectos de reforma constitucional.

El Poder Ejecutivo se organiza en forma muy similar al de la Constitución de 1934 y 1942; sobre la base de un Presidente de la República y un Consejo de Ministros. Las facultades del Poder Ejecutivo se encuentran ampliadas, especialmente en detrimento de las del Poder Legislativo y dentro de aquél se establece un claro predominio de la figura del Presidente de la República. Un hecho indiscutible, que no es el momento de juzgar profundamente, es que el Parlamento no ha cumplido en forma eficiente,

en las últimas décadas, su tarea principal que es la de legislar. Una simple revisación de los Registros de leyes demuestra que fuera de ciertas normas legislativas indispensables, como el Presupuesto, la Rendición de Cuentas, no se han dictado leyes importantes, quedando en las carpetas legislativas múltiples proyectos, de trascendencia y necesidad para el país, sin un mayor estudio. En cambio proliferan las leyes aplicables a situaciones particulares contemplando determinados grupos a quienes otorgan diversas ventajas. Esta circunstancia, que indudablemente ha hecho disminuir en el consenso popular la importancia de la máxima institución representativa de una Democracia, determinó que en la reforma se establecieran ciertas normas para tratar de agilitar los procedimientos legislativos que conducen, en definitiva, a limitar las funciones parlamentarias. Así por ejemplo las leyes de urgencia, que ya estudiamos (*supra*, unidad IV), la limitación en las facultades legislativas en lo que respecta a la presentación de ciertos proyectos de ley, ampliándose la iniciativa privativa del Ejecutivo (*supra*, unidad IV), la limitación de plazos para otorgar ciertas venias o autorizaciones (Diplomáticos, Entes Autónomos, etc.) o efectuar determinadas designaciones (Suprema Corte de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, etc.) fuera de cuyos plazos la venia se considera otorgada y la designación funciona automáticamente (ingresa al Tribunal o a la Corte, el Ministro más antiguo de todos los Tribunales), la limitación en la confección del Presupuesto, al establecerse el llamado "Presupuesto por programas, etc.

Otro punto fundamental que acaparó la atención popular en la Reforma fue la limitación de ciertos privilegios que los propios legisladores se habían otorgado por sí y el establecimiento de normas de carácter más austero y severo para el cumplimiento de la función: así se suprimen todos los beneficios que pueden percibir los legisladores con excepción del sueldo (art. 117), se establece que no le corresponde pasividad si renuncia a su cargo con anticipación al vencimiento del mandato, salvo que la renuncia sea por una enfermedad justificada por una Junta Médica (art. 77, inc. 10) y los sueldos de los legisladores sufren descuentos por sus inasistencias (art. 117).

Otro aspecto importante de la Constitución es la preponderancia que se pretende otorgar al planeamiento para el desarrollo del país. En primer lugar se crea la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, que tiene por lo menos rango ministerial, integrada por un Director designado por el Presidente y representantes de la mayoría de los ministerios, es decir los que tienen relación con la dirección económica-financiera del país (art. 230); se crea el Banco Central, con el cometido de cumplir las funciones de regulación de la emisión de la moneda, etc., se le da una nueva estructura al Instituto de Colonización, etcétera.

Se establece una disminución del número de miembros de algunos Directorios de los Entes Autónomos y un mayor contralor que va en detrimento del exceso de autonomía de estos organismos, que actuaban como verdaderos "Estados dentro del mismo Estado". Nos interesa destacar

que se lleva la obligatoriedad de la enseñanza a la Enseñanza Media, Agraria e Industrial; y que se suprimen los requisitos que existían en la anterior Constitución para otorgar la exoneración de impuesto a las instituciones que brindan enseñanza privada (se exigía que se diera enseñanza gratuita a cierto número de alumnos que reglamentaba la ley). En lo que tiene atinencia con la Seguridad Social se planea su reestructuración, creándose el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sustituyéndose el régimen de Directorios de las Cajas de Jubilaciones por el Banco de Previsión.

No incluimos en esta evolución el período 1973/1985, en el cual, como dijimos, se produce la ruptura del régimen democrático y la instauración de un sistema dictatorial que mediante Actos Institucionales dictados por el Poder Ejecutivo se modifica la Constitución, por cuanto a principios de 1986, y luego de restaurada la Democracia a partir de 1985, se ha restablecido la vigencia de la Constitución de 1967, la cual, por otra parte, en ningún momento se sustituyó y por el contrario se sostuvo que seguía rigiendo con algunas modificaciones, hoy prácticamente derogadas. Como hemos dicho (*supra*, Unidad V y nota N° 20) las reformas introducidas por el Acto N° 19 no fueron consideradas por la Asamblea Constituyente (que no fue siquiera convocada y no funcionó por acuerdo partidario) y una opinión autorizada sostiene que dejó de tener vigencia a partir de febrero de 1986, quedando pendiente algunos problemas que los constitucionalistas deberán develar, y seguramente alguna ley podrá minimizar.

En definitiva el régimen constitucional vigente es el de la Carta de 1967, con alguna pequeñísima reforma posterior referida al sistema de reajuste de pasividades (art. 67, modificado en 1989 y disposición constitucional transitoria letra V, aprobada en 1994).

NUESTRO REGIMEN DE GOBIERNO VIGENTE

Partiendo de la base de las modernas clasificaciones de formas de gobierno -y su amplitud hasta comprender las formas del Estado- daremos los caracteres esenciales del nuestro.

Nuestro Estado es *soberano*, "libre e independiente de todo poder extranjero" (art. 2° de la Constitución).

En su organización como tal es unitario (y no federal) aun cuando es descentralizado, con descentralización tanto territorial como por servicios (en esta misma unidad estudiamos dicha descentralización).

Desde el punto de vista de su organización gubernativa, dice la Constitución que: "La Nación adopta para su Gobierno la forma *republicano democrática*" (art. 82, inc. 1°). Ya en 1934 había desaparecido la palabra representativa (democrático-representativa, decían las Constituciones de 1830 y 1917) quizá por entenderse que el régimen ha pasado a ser "semi-representativo", puesto que si bien normalmente funciona como repreconsecuencia

sentativo, hay institutos de democracia directa (referéndum, iniciativa popular, plebiscito). Dice, entonces, la Constitución que "la Soberanía en toda su plenitud radica esencialmente en la Nación" y luego agrega que "será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral, en los casos de elección, iniciativa y referéndum e indirectamente por los Poderes representativos" (arts. 4 y 82 inc. 2°. (V. Unidad VIII al principio).

El régimen funciona normalmente como representativo y solo por excepción en forma directa. Así sucede en caso del art. 79 y 305 de la Const. que admite la iniciativa y el referéndum. En este último el 25% de los inscriptos pueden impugnar una ley para que la ciudadanía se pronuncie. Así sucedió en 1989 con la ley de amnistía para policías y militares. También en la reforma constitucional en que existe iniciativa popular, como vimos.

El régimen de gobierno es entonces democrático. Y podemos decir *pluralista*, pues sin perjuicio del más amplio reconocimiento a todas las ideas y tendencias se asegura a todos los Partidos políticos, la más amplia libertad (art. 77, ord. 11). El pluralismo representa una característica esencial de la propia Democracia, aun cuando algunos sistemas pretendan ser democráticos, pero de partido único, lo que constituye una contradicción insalvable.

También se señala que del conjunto de las disposiciones constitucionales surgen otros principios esenciales que es necesario destacar y que caracterizan nuestro Estado (y Gobierno) los cuales resulta muy necesario recordar y practicar.

Así el régimen es *laico*, en el sentido que, sin perjuicio de la libertad en todos los ámbitos, el Estado adopta una actitud de imparcialidad. Así se consagra en materia religiosa en el art. 5°, a partir de la Constitución de 1917. Este es solamente un punto de partida del laicismo que se manifiesta en otros aspectos de la vida del Estado, que significa la consagración plena de la libertad, sin perjuicio del cumplimiento de los fines del mismo Estado.

Es también un régimen *humanista*, en cuanto consagra, ampliamente, el reconocimiento y la efectividad de todos los derechos humanos, especialmente en el campo económico y social de los individuos. (El tema se trata en la Unidad IX).

Nuestro Estado, en lo que respecta a la proyección internacional, se puede caracterizar como pacifista e integracionista (art. 6°).

Es *pacifista* por esencia, por historia (y hasta por dimensión) propiciando en todos los foros internacionales la resolución de los conflictos por el arbitraje u otros medios pacíficos (art. 6°, inc. 1° de la Constitución). Su participación en los Organismos internacionales que procuran estos fines así lo demuestra (*infra*, Unidad X).

Es *integracionista* especialmente a nivel latinoamericano, y como

consecuencia de su adhesión a ese principio se introdujo el inc. 2°, al art. 6 en la Constitución de 1967, que dice: "La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos".

Esta disposición podemos decir que fue profética en 1966; en efecto, el mundo moderno es de regiones y no de países. Las regiones (geográficas) se determinan, fundamentalmente, por razones socio-económicas, como dice la disposición y la necesidad de la unidad latinoamericana en estos momentos es tan manifiesta que resulta inútil destacarla. Múltiples instituciones y tareas del gobierno tienden a hacer efectiva dicha integración que todos proclaman, pero que cuesta mucho llevar a la práctica, aunque deberá realizarse, so pena de graves consecuencias.

A la integración económico-social la Constitución agregó la complementación de los servicios públicos: los puentes, uniones ferroviarias, represas comunes, etc., que demuestra formas de ir efectivizando esta unidad.

Se podrían citar otros, hacer variadas clasificaciones, pero creemos que son estos los caracteres más destacados que surgen de nuestro régimen de gobierno (y de Estado) y, además, aquelllos que es necesario recordar y efectivizar.

El Poder Legislativo

El Poder Legislativo no presenta ninguna modificación importante con respecto al anterior. Está compuesto por un sistema bicameral por los siguientes órganos: la Asamblea General -reunión de las dos cámaras con competencia propia en algunas materias, especialmente en nombramientos de los integrantes de los más importantes órganos del Estado (Suprema Corte de Justicia, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, etc.)-, la Cámara de Diputados, la de Senadores y la Comisión Permanente. Esta está compuesta por 4 senadores y 7 diputados, actúa cuando las Cámaras están en receso y tiene por cometido fundamental velar por la observancia de la Constitución y las leyes, haciendo las advertencias del caso al Poder Ejecutivo y convocando la Asamblea General si lo cree conveniente.

A la Asamblea General, actuando por intermedio de sus dos cámaras compete principalmente la formación de las leyes (*supra*, unidad IV), el voto de los presupuestos y creación de recursos, decretar la guerra y aprobar los tratados internacionales, etc.

La modificación más importante, se refiere, como vimos, a las facultades de este Poder.

Debe señalarse, además, que de acuerdo con el nuevo texto de 1967, el

Vicepresidente de la República elegido por el pueblo, preside el Senado y la Asamblea General, integrando ambos cuerpos.

El Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros o con el Consejo de Ministros (art. 129). Quiere decir que, a diferencia de lo que establecía la Constitución de 1934 y 1942, el Presidente no debe actuar, normalmente, en Consejo de Ministros, sino que puede actuar, en forma independiente, con uno o más Ministros. Y es el Presidente de la República actuando con los ministros o el Consejo, quien tiene las facultades enumeradas en el art. 168 de la Constitución [14].

Quiere decir que además de la figura del Presidente de la República, que aparece con neto perfil de predominancia, existen los Ministros que actúan con el Presidente; cada uno en sus respectivas carteras y además el Consejo de Ministros, integrado por todos los Ministros y el Presidente. El Consejo actúa bajo la presidencia del Presidente de la República, el que prácticamente tiene doble voto, pues dice la Constitución que el suyo será decisivo en los casos de empate, aun cuando éste se hubiera producido por efecto de su propio voto (art. 161). El Consejo tiene como competencia la de los actos de gobierno y administración que planteen en su seno el Presidente o los Ministros (artículo 160) pero, también, a diferencia de lo que establecía la Constitución de 1934, los Ministros sólo pueden plantear los asuntos de sus respectivas Carteras. Es decir, que si bien ese cuerpo funciona como un consejo y alguna vez en la Constitución de 1934 y 1942 se dijo como un colegiado, y los Ministros opinarán en todos los asuntos que planteen sus colegas (es decir, el de Ganadería opinará sobre un problema de Relaciones Exteriores, etc.), nada tiene que ver esto con el colegiado. Por lo demás la figura del Presidente de la República es predominante, inclusive porque es quien elige y destituye los Ministros [15].

(14) Esta afirmación nos parece que es la que resulta de la estructura del Poder Ejecutivo y de la propia letra de la Constitución (artículos 168, 149, etc.). No obstante, en un primer momento, antes que entrara en vigencia la Constitución, una autorizada doctrina planteó la cuestión en forma distinta. Fue CASSINELLI MUÑOZ quien en un artículo periodístico (*Primeras reflexiones sobre la nueva Constitución* en Cuadernos de "Síntesis" del diario La Mañana) sostuvo que la "Jefatura del Gobierno, sin lugar a dudas, está en manos del Consejo de Ministros en cuyas decisiones la participación del Presidente es minoritaria...en suma la nueva Constitución configura una Jefatura de Estado unipersonal, la Presidencia de la República y una Jefatura de Gobierno colegiado, el Consejo de Ministros" (pág. 42).

(15) Nos parece también que es clara la característica unipersonal -y no colegiada- de la Jefatura de Gobierno, por esa posición fundada en la del Presidente, al elegir y destituir los Ministros y ser él propiamente el Primer Ministro. Es cierto que el Gabinete debe contar con el apoyo parlamentario, pero, como vimos, el mecanismo de la censura, está bastante trabado, permitiendo así la continuidad de la obra del Ejecutivo. No nos cabe duda de que, políticamente, la figura del presidente es esencial, no sólo en la Jefatura del Estado, sino también en la del Gobierno, aunque con precisión jurídica

La nueva Constitución de 1967 faculta al Presidente de la República a "delegar por resolución fundada y bajo su responsabilidad política las atribuciones que estime conveniente" (art. 168, N° 24). Se trata de este modo, de facilitar la gestión del Poder Ejecutivo permitiendo la posibilidad de delegar ciertas atribuciones en los Ministros o en otros funcionarios, a efectos de que no sea necesaria la actuación del Presidente en aquellos cometidos que puedan ser traspasados bajo su responsabilidad, a otros organismos o personas.

Relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo

En este aspecto la nueva Constitución de 1967 vuelve a introducir ciertos matices de un régimen parlamentario, aunque manteniéndose el carácter presidencialista existente. En efecto, se establece, por un lado, que los Ministros deberán contar con apoyo parlamentario. Asimismo se mantiene la misma redacción de 1934 estableciendo que de esa manera "aseguran su permanencia en el cargo" (art. 174). Consecuentemente con este sistema se establece la posibilidad de la censura parlamentaria que determina la caída de los Ministros. Sin embargo, entendemos que el régimen es predominantemente presidencialista por cuanto, como hemos dicho, el Presidente de la República, sin actuar en Consejo de Ministros tiene importantes facultades. Además dentro del Consejo de Ministros el Presidente, que lo integra, tiene función decisiva, pues es quien elige y destituye los Ministros e inclusive se le atribuye doble voto. Muy lejos estamos del esquema del Presidente del régimen parlamentario, quien no actúa en el Consejo de Ministros ni tampoco tiene funciones decisivas propias. Por último, el apartamiento del régimen parlamentario está en el propio mecanismo de la censura.

En realidad las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se realizan a través de distintos institutos: el pedido de informes hecho por el miembro de la Cámara, o por ésta misma, el nombramiento de Comisiones investigadoras y la interpelación por cada Cámara, es decir, el llamado a sala de un Ministro para pedir informes sobre determinados puntos, todo lo cual puede ser objeto de una declaración [16].

En todo caso, a través de estos institutos, como en la aprobación de leyes, se destaca la función de contralor que ejerce el Poder Legislativo, máximo representante del pueblo, sobre el Ejecutivo. El verdadero mecanismo de censura, de tipo parlamentario, está establecido en los artículos 147 y 148 de la Constitución y radica en la posibilidad de que sea la Asamblea General con mayorías especiales, la que formule dicha censura, a pedido de cualquiera de las Cámaras. La desaprobación podrá ser individual, plural o colectiva, esto es alcanzar uno o más Ministros o la totalidad del Consejo, lo que también nos aparta del régimen parlamentario en el que la censura es siempre colectiva y afecta la política del Gabinete. La exigencia de la reunión de la Asamblea General y de una mayoría especial, pone, indubitablemente, una traba al mecanismo de la censura. Por lo demás faculta al Presidente de la República a observar el voto de desaprobación cuando sea pronunciado por menos de dos tercios de los miembros del cuerpo y si la Asamblea mantiene su voto por un número inferior a los tres quintos, se le da la posibilidad de disolver las Cámaras, convocando simultáneamente a una nueva elección. Esta facultad del titular del Poder Ejecutivo, existe también en los regímenes parlamentarios, en los cuales se puede efectuar la disolución parlamentaria, a efectos de que sea el pueble el que decida la polémica entre el Gabinete y el Parlamento. En efecto, si las nuevas Cámaras mantuvieran la censura, el Gabinete debe caer. En nuestro país, lo que resulta contradictorio con el régimen, es que la caída no afecta al Presidente a pesar de que éste no es un neutral como en el caso del parlamentarismo típico, sino que será normalmente quien ha impulsado por su presencia, su voto y su decisión, la política gubernativa censurada por el Parlamento.

Es decir que se ha establecido un sistema predominantemente presidencialista, en el cual el Poder Ejecutivo realiza su labor con prescindencia del Parlamento, sin perjuicio de mantener el instituto de la censura parlamentaria, con diferentes trabas, a los efectos de impedir el mayor de los males reconocidos aun por los partidarios del parlamentarismo: la inestabilidad en la política gubernativa.

En la realidad esta censura nunca funcionó.

El Poder Judicial

La función de dictar justicia, es de las más importantes en el Estado, por lo cual se trata de rodear de garantías la elección y el funcionamiento de sus órganos.

Luego de un largo proceso histórico, en nuestros días, se considera una

pueda decirse que dicho Presidente "participa" en el funcionamiento del Consejo, pero no en su esencia... Algo análogo ocurre con el Vicepresidente de la República que jurídicamente no es "miembro" del Senado, ni de la Asamblea General, aunque los integre con voz y voto" (CASSINELLI, *ob. cit.*, pág. 42).

(16) El artículo 118 establece que todo legislador puede pedir a los Ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, etc., los datos o informes necesarios para llenar su cometido, los que si no se obtienen se pedirán por intermedio de la Cámara.

El 119 establece el derecho de interpelación, o sea hacer venir a Sala a los Ministros para pedirles y recibir los informes que estime convenientes.

El 120 dispone que se podrán nombrar comisiones investigadoras; aclarando el 121 que en cualquiera de los casos anteriores las Cámaras pueden hacer declaraciones y resolviendo así el problema que se planteaba en las Constituciones de 1830 y 1917.

En estos cuatro artículos no se ha modificado el sistema desde 1934.

de las bases fundamentales del sistema de gobierno la *independencia* del Poder Judicial. En nuestra Constitución se ha establecido que todos los magistrados son elegidos por la Suprema Corte de Justicia y ésta por la Asamblea General, órgano máximo de la representación popular. Y aun esta vinculación con el Poder Político ha sido criticada, proponiéndose otra forma de elección popular -de graves inconvenientes- por votación de los jueces, por votación de éstos y los organismos gremiales (de abogados, escribanos, etc.), con el fin de asegurar la absoluta independencia.

También se trata de rodear el cargo de Juez de otras seguridades que le permitan ejercer su importante misión sin interferencias. Se trata de asegurarle una eficaz *remuneración* y se declara su cargo *inamovible*, no pudiendo ser destituído sino en casos graves especialmente previstos. En cambio de ello se exige al Juez una constante dedicación, estableciendo que su cargo es *incompatible* con toda función pública o privada, remunerada u honoraria, salvo la enseñanza del Derecho en las ramas superiores (art. 224 de la Constitución).

Nuestra Justicia está dividida en Juzgados y Tribunales, habiéndose adoptado el sistema colegiado (más eficaz, más seguro), para los organismos superiores y el unipersonal (más rápido) para los inferiores.

El Poder Judicial es independiente y autónomo (aunque no en materia financiera) y tiene en su cúspide a la Suprema Corte de Justicia. Fuera de este poder, pero realizando función judicial (jurisdiccional) está el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Unidad IV).

Con el fin de facilitar la comprensión haremos los siguientes esquemas, que explicaremos muy suscintamente.

ESQUEMA DE LA JUSTICIA CIVIL

Dentro de la llamada Justicia civil se comprenden todas las materias menos la penal; es decir entra no sólo lo civil, sino también lo comercial, de menores, de familia, de trabajo, etc. etc. como veremos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Tribunales de Apelaciones en lo Civil, lo Laboral y de Familia

Montevideo	*Interior*
Juzgados Letrados de Primera Instancia (en lo Civil, de Familia, de Menores, de Aduana, de Trabajo, de lo Contencioso Administrativo).	Juzgados Letrados. (uno o más por departamento). Juzgados de Paz Departamentales (en las capitales)
Juzgados de Paz Departamentales.	Juzgados de Paz

Estos órganos supremos son nacionales, es decir tienen competencia en todo el país y su sede está en Montevideo. Los demás, como veremos, se dividen entre los distintos departamentos (o aun dentro de estos en alguna zona).

En la cúspide, pues, se encuentra la Suprema Corte de Justicia, que es un tribunal judicial y un órgano de administración. Como tribunal judicial tiene variadas competencias en materia civil, tales como la declaración de inconstitucionalidad de la ley, el conocer el recurso de casación, las causas de diplomáticos, etc.

Como órgano de administración del Poder Judicial, prepara el presupuesto (proyecta), designa a todos los jueces y funcionarios judiciales (y los destituye o sanciona) y administra todo lo relativo a este Poder.

Luego vienen los Tribunales de Apelaciones que tienen competencia nacional, es decir entienden en todos los asuntos en que se apela desde todo el país. Son Laborales, que entienden en asunto de trabajo (por apelación de los asuntos que vienen de los Juzgados del Trabajo de Montevideo y de los Letrados del interior). Luego hay Civiles, que entienden en apelación en todas las demás materias (civil, comercial), y de Familia.

Después están los diversos juzgados letrados que en Montevideo tienen las especialidades que ya mencionamos. En el interior existe solo la especialidad penal y, a partir de 1992, hay, en Salto, Paysandú y Maldonado, dos juzgados especializados en familia y laboral (conjuntamente).

Por debajo están los Juzgados de Paz Departamentales, en las capitales de los departamentos. Los de Montevideo son todos. En cambio en el interior existen, por debajo, los Juzgados de Paz, en las demás ciudades, villas o pueblos (no en la Capital) y los Juzgados de Paz Rurales en las zonas rurales.

Estos juzgados dividen sus funciones (competencia) en razón de materia (civil, penal, de familia), de lugar y según la importancia del asunto (cuantía).

Los asuntos de menor cuantía corresponden a los Juzgados de Paz; también entienden en su competencia en los asuntos de menor cuantía los Juzgados de Paz Departamentales. Estas cuantías se fijan por la Suprema Corte de Justicia, reajustándose conforme a la desvalorización monetaria. También entienden los Juzgados de Paz (y Departamentales) en materia de jurisdicción voluntaria.

Luego están los Juzgados Letrados que entienden en los demás asuntos y otros que no tienen cuantía. En Montevideo hay especialidad, como vimos, en materia contencioso administrativa, laboral, de familia y de

menores en infracciones (es decir menores que son delincuentes o peligrosos, aunque técnicamente sus actos no pueden catalogarse como "delitos").

Los de Familia en asuntos de familia (divorcio, menores, sucesiones, investigación de paternidad, etc.); los de Trabajo en conflictos individuales de trabajo; los de Aduana en infracciones aduaneras y los de Menores en infracciones o hechos antisociales cometidos por los menores y casos de abandono.

Ahora bien; de las sentencias de los Jueces de Paz y de Paz Departamentales se apela ante los Juzgados Letrados y de las que dicten estos se apela ante los Tribunales de Apelaciones de lo Civil (o de Familia o del Trabajo). De las de segunda instancia cabe el recurso de casación.

ESQUEMA DE LA JUSTICIA PENAL

La materia penal utiliza algunos de los mismos juzgados que ya vimos, donde no se ha podido aún hacer especialización. También en cuanto a los Tribunales de Apelaciones y en Montevideo para los Juzgados Letrados se recurre a la especialización.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Tribunales de Apelaciones en lo Penal
(de competencia nacional)

Montevideo	*Interior*
Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal (con sede en Montevideo)	Juzgados Letrados del Interior
	Juzgados de Paz
Tribunal de Faltas	Tribunal de Faltas (no entró en funciones)

Los Juzgados de Paz no tienen competencia penal (salvo instruir un sumario por razones de urgencia). Para los delitos más leves (llamados faltas) el Código del Proceso Penal prevé los Tribunales de Faltas. Recién se creó uno en 1989, en Montevideo.

En Montevideo los Juzgados de Primera Instancia y en el Interior los mismos Letrados (de lo Civil) tienen la competencia de investigar los delitos y, previo proceso, imponer las sanciones.De sus resoluciones se puede apelar ante los Tribunales de Apelaciones en lo Penal. La Suprema Corte interviene solo ante los recursos de casación y revisión.

Existe también una Jurisdicción Militar, hoy reducida a sus límites naturales, con Jueces de Instrucción, Jueces de Primera Instancia, Supremo Tribunal Militar y también, en su cúspide, para ciertos recursos, interviene la Suprema Corte de Justicia.

Por último, como dijimos, existe el TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, órgano de cinco miembros como la Suprema Corte de Justicia, que tiene por función anular los actos ilegales de la Administración (Unidad IV).

Ante este órgano actúa el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo.

Los fiscales

Son magistrados dependientes del Poder Ejecutivo (en la órbita del Ministerio de Educación y Cultura) que actúan ante el Poder Judicial. Tienen como misión la defensa de los intereses del Estado, de la Sociedad o de personas que por diversas razones están indefensas (menores, ausentes, incapaces, etc.) Constituyen lo que se llama el Ministerio Público y Fiscal.

Esquema de la organización del Ministerio Público y Fiscal

MINISTERIO DE EDUCACION Y CULTURA
FISCALIA DE CORTE Y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Montevideo	*Interior*
Fiscales de lo Civil, del Crimen, de Hacienda, de Aduana.	Fiscales Letrados Departamentales

Como vemos, aquí también la especialidad rige en Montevideo; en el interior el Fiscal Letrado Departamental desempeña todas las funciones.

El Fiscal de lo Civil tiene como misión defender la causa de la sociedad y el interés público superior en todos los asuntos civiles; también en la misma función actúa en asuntos de menores, incapaces, ausentes, etc.

El Fiscal del Crimen es el acusador público en el proceso penal.

El Fiscal de Hacienda es el que defiende al Estado en todo lo relativo a la Hacienda pública (impuestos, cobros de dinero adeudados al Estado, etc.)

A partir de la ley orgánica del Ministerio Público y Fiscal (15.365 de 30.12.82) las Fiscalías que estaban en Montevideo han pasado a denominarse Nacionales y tienen mayor jerarquía que las Departamentales. Son las de lo Civil, Hacienda y Penal. Luego, en orden jerárquico, están las Adjuntas de Corte y luego las Letradas Departamentales.

Están también los Fiscales Militares, acusadores públicos ante la Justicia Militar. Asimismo los Fiscales de Gobierno, que actúan como asesores de la Administración y los Fiscales de Aduana para infracciones aduaneras.

Los Gobiernos Departamentales. Entes Autónomos.

Otros organismos

La descentralización

Además de este Gobierno Central, formado por los tres Poderes, existe un Gobierno Departamental, diversos Entes Autónomos y otros organismos, todo lo cual ha venido a romper el molde clásico de los tres poderes de Montesquieu.

Es que por el aumento de fines del Estado y de la actividad de éste, se han tenido que ir creando otros organismos fuera de aquellos tres clásicos Poderes. Es así que se produce el fenómeno de descentralización del Poder (descentralizar significa sacar del centro) que opera en nuestro país en dos sentidos. Por un lado, se produce una descentralización territorial, esto es, el poder se saca del centro para afuera, para un territorio departamental y así se van creando y se les va dando mayor autonomía, a dichos Gobiernos Departamentales. En segundo término, se produce una descentralización de funciones, esto es, no sacar poderes del centro para distribuirlos entre los territorios, sino ir creando diversos Entes independientes (autónomos) a los que se les da el cometido de realizar algún servicio determinado del Estado (enseñanza, energía eléctrica, ferrocarriles, etc.) creando una administración especial con poderes propios, que también se han quitado de ese poder central.

Y luego se crean otros organismos más, que no dependen de los tres Poderes clásicos y que en realidad nos alejan de aquel sistema originario.

Gobiernos Departamentales

Se encuentran organizados a semejanza del Gobierno Central, con dos órganos fundamentales: el Intendente Municipal (Poder Ejecutivo) y las Juntas Departamentales (Poder Legislativo). Existe, a veces, otro órgano, las Juntas Locales, en las poblaciones fuera de la planta urbana de la Capital del Departamento (arts. 262 y 287). El Intendente Municipal es elegido directamente por el pueblo, admitiéndose la acumulación de votos dentro del lema y correspondiéndole el cargo al candidato de la lista más votada (art. 271). Realiza funciones similares al Presidente de la República, dentro del ámbito de su Departamento.

Las Juntas Departamentales, organismos unicamerales (compuestas por 31 miembros llamados ediles) son elegidas por representación proporcional dentro de los distintos partidos, en el Departamento. Sin embargo, efectuando la corrección al régimen de representación proporcional de que hablamos y para lograr que haya una mayoría homogénea que respalde la labor del Intendente, se establece el siguiente sistema: se le adjudican al lema mayoritario, que ha obtenido el cargo de Intendente, por lo menos la mayoría de los cargos de la Junta Departamental. Es decir que aun cuando dicho lema no hubiera obtenido esa mayoría, igualmente se le adjudica la

mitad más uno de los miembros. Los demás cargos son distribuidos por el sistema de representación proporcional integral, entre los distintos lemas (art. 272).

Estos Gobiernos Departamentales, como hemos mencionado en la evolución institucional, han adquirido una mayor autonomía (aunque el grado máximo se produce en la Constitución de 1917) para realizar las tareas municipales.

Entes autónomos

A los Entes Autónomos ya nos hemos referido cuando hablamos de los fines del Estado mencionando el aumento de los mismos en nuestro país. Se dirigen por Directorios o Directores Generales compuestos de 4 o 5 miembros, generalmente elegidos por el Poder Ejecutivo (hay excepciones como el caso de los consejos directivos de los Entes Docentes, que se eligen con intervención de los propios profesores y en la Universidad, además, de alumnos y egresados). En algunos se ha establecido un solo Director (PLUNA; I.N.A.P.E.).

Otros organismos

Fuera de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y de los Gobiernos Departamentales, decíamos que existen otros organismos que tampoco pueden ser colocados dentro de la órbita de aquellos tres Poderes, sino que tienen un lugar aparte. Podemos mencionar, por ejemplo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del que ya hablamos, la Corte Electoral, organismo superior de la llamada justicia electoral, que también es absolutamente independiente de los otros Poderes y también el Tribunal de Cuentas, que tiene por fin intervenir en todos los gastos y pagos que hagan los organismos del Estado para verificar su legalidad y que actúa con absoluta independencia de los demás Poderes.

Estos Organismos están dirigidos por Consejos elegidos por la Asamblea General.

Lecturas recomendadas para esta unidad

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *La Constitución de 1952.*

REAL, Alberto Ramón, *Principios de Derecho constitucional y administrativo*

KORSENIAK, José, *Curso de Derecho Constitucional.*

EL SISTEMA ECONOMICO DEL ESTADO

DOMINIO PUBLICO Y PRIVADO. PRESUPUESTO. SISTEMA TRIBUTARIO. CONTRIBUCIONES. TASAS E IMPUESTOS

SISTEMA ECONOMICO DEL ESTADO

Generalidades

El Estado es una persona jurídica y como tal tiene un patrimonio: esto es, tiene un conjunto de bienes y de deudas, un activo y un pasivo.

Dada la multiplicidad de fines que desarrolla el Estado, que actualmente se ha acrecentado y dada la extensión territorial y personal en la que debe prestar sus servicios, la actividad económica del Estado es muy importante. Es decir que el Estado para servir en sus fines (por ejemplo, el ejército, la policía, la enseñanza, etc.) a toda la población y para cubrir todo el territorio de la República, necesita un cuantioso patrimonio, el que está constituido por una gran cantidad y variedad de bienes.

Naturalmente, que para cumplir esos fines, el Estado necesita un inmenso número de ingresos, como muy grandes son sus egresos o gastos, de modo que todo el sistema económico del Estado, comparado con el de otra persona jurídica o privada, es inmensamente mayor.

La actividad del Estado en lo económico se realiza en algunos aspectos en forma similar a la que desarrolla un individuo o una persona jurídica privada. Así, el Estado cobra y paga, compra y vende, realiza negocios, emprende actividades en lo económico, en lo industrial, etc. Sin embargo, la actividad económica del Estado presenta algunas particularidades típicas que la hacen especial y diversa de los particulares. En primer lugar el Estado tiene un poder coactivo, que le permite obtener prestaciones personales o económicas de los individuos, imponiéndoles tasas, contribuciones, impuestos, gravámenes extraordinarios, etc., que después veremos. No podría, de otra manera, cumplir sus inmensos fines, en nombre de la colectividad y para ella, si no puede obligar a los miembros de ésta a su contribución pecuniaria. Pero además, puede imponerles contribuciones de tipo personal, como servicios o prestaciones de diversa índole. Así, el

Estado realiza un censo y puede obligar a los ciudadanos a colaborar en esta tarea; si se efectúan elecciones de gobierno, puede obligar a los ciudadanos no sólo a votar, sino también a actuar en las distintas mesas prestando su colaboración en forma gratuita. También cuando se integran jurados o se crean organismos de carácter honorario, el Estado puede obligar a sus integrantes a desempeñar tareas en beneficio de la colectividad.

En segundo lugar se diferencia la actividad ecónomica del Estado de la de los individuos, en que aquél no persigue un fin de lucro, sino satisfacer las necesidades de la colectividad. En efecto, como hemos visto, el Estado es la organización jurídica de la Sociedad y no tiene otro fin que servir a los fines (individuales o colectivos) de los individuos que la componen.

En tercer lugar, el mecanismo de la actividad económica del Estado, en relación con sus gastos e ingresos de que hablaremos después, se realiza en forma distinta al de los particulares. En efecto, en el Estado los gastos determinan los ingresos, es decir, que se plantea en primer lugar cuál es la actividad que se va a cumplir, cuáles son los fines que debe realizar, cuáles son sus necesidades y de acuerdo con ello determina los ingresos, impone los tributos, impuestos, tasas o contribuciones. El particular, por el contrario, actúa determinando sus gastos de acuerdo con los ingresos que posea. Es decir que el Estado, en cierto modo, tiene una potencialidad ilimitada (teóricamente) de gastar. El particular en cambio está absolutamente limitado a sus ingresos.

Es una característica notable de todos los Estados el aumento progresivo e incesante de los gastos públicos. En cualquier Estado que tomemos como referencia, podremos ver una curva ascendente, y cada vez con mayor velocidad, que refleja el monto de los gastos públicos. Es decir que los presupuestos de los Estados cada vez se abultan más. Esto por diversas razones. En primer lugar, porque el Estado realiza cada vez más, como lo hemos dicho, un número mayor de fines y en consecuencia es natural y lógico que necesite más dinero para realizarlos.

Se agrega que el aumento de los gastos se debe, en parte, a la desvalorización de la moneda, es decir que no hay un crecimiento absoluto sino relativo, porque un presupuesto de determinada cantidad hace diez años, puede aparecer aumentado hoy en día solamente en virtud de que la moneda en la cual se aprecia, se ha desvalorizado.

De cualquier modo es verdad que los presupuestos aumentan incesantemente y este fenómeno, al que nos debemos remitir porque es una realidad que no podemos desconocer, se debe al aumento de la actividad del Estado. Naturalmente que, como dijimos al estudiar los fines del Estado, este aumento no puede ser ilimitado y como toda exageración puede tener sus defectos. En el Uruguay, por ejemplo, no responde siempre a un aumento de los servicios de este Estado, sino también al aumento de la burocracia, es decir de los empleados, de la complejidad de los trámites administrativos, del papeleo, etc. E indudablemente esto no es un beneficio, sino un

perjuicio. No podemos olvidar que los gastos del Estado son pagados por la contribución de los particulares y ésta deriva generalmente del trabajo o del capital que ellos tienen; es decir que las funtes de recursos que tiene el Estado, generalmente, son su propia producción, su propio trabajo, la labor de la colectividad; si el Estado quita a esa colectividad sumas que no redituan luego un beneficio para la misma, indudablemente el Estado en vez de progresar irá retrogradando.

Los abultados presupuestos, además, provocan déficits y éstos al financiarse con emisiones de deudas, constituyen una de las más importantes causas de inflación.

En los últimos tiempos aparece una tendencia a privatizar ciertos servicios públicos deficitarios.

PRESUPUESTO

Generalidades

El Estado, dijimos y mucho más el de nuestra época, necesita cuantiosos recursos para cumplir con sus fines. Asimismo, por tratarse de tan importante cantidad de bienes y por ser de la colectividad, debe regularse cuidadosamente el uso y empleo de todos esos recursos. A ese fin, tiende el Presupuesto.

El Presupuesto es el *programa financiero de gastos y de recursos aprobado por la autoridad competente, para un determinado período.* Como lo indica esta definición es un programa, un anticipo de las normas a que ha de sujetarse la vida económica del Estado durante un determinado período. Representa un cálculo doble: de gastos y de recursos. Es natural que, establecida la cantidad de dinero necesaria (como vimos, a diferencia de lo que hace un particular), el Estado debe calcular y prever los recursos necesarios para subvenir a esas necesidades. Por estas razones, la realización del presupuesto y su ejecución están sometidas a formalidades y son realizadas por las autoridades y los órganos o poderes más importantes del Estado: generalmente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Dentro del primero resulta fundamental la intervención de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

Desde el punto de vista político el presupuesto tiene una importancia fundamental porque resume toda la actividad de los organismos públicos y fija las orientaciones de éstos en cuanto a la intervención del sector público en la economía nacional. A través del presupuesto, de los gastos, de los recursos (impuestos, etc.), se orienta la economía nacional. Se traba o se favorece el desarrollo de la actividad privada, es decir, se refleja en él la orientación económica del gobierno.

Desde el punto de vista jurídico, el presupuesto es una ley en sentido formal, en cuanto se aprueba por el Parlamento como todas las leys, con iniciativa del Ejecutivo.

Caracteres del presupuesto general de gastos

La elaboración y preparación del presupuesto está sujeta a ciertos principios de carácter económico y financiero que deben ser respetados. En primer término existe el principio de la *periodicidad* que resulta de que las previsiones sólo pueden realizarse para un determinado lapso, que normalmente es de un año.

Es decir que de acuerdo con la opinión y costumbre más generalizadas, hay un presupuesto anual, que se prepara con los gastos y recursos que se prevén para el año siguiente. En el Uruguay, la Constitución actual, en su artículo 215, introdujo el principio del presupuesto quinquenal, al decir que el Poder Ejecutivo y los Intendentes Departamentales prepararían sus presupuestos "para su período de gobierno". Se trata con ello de evitar los complejos movimientos, presiones, reclamos y otras derivaciones inconvenientes que se producen en nuestro país con motivo del presupuesto. Sin embargo, el artículo 215 prevé que anualmente el Poder Ejecutivo y los Intendentes harán su *Rendición de Cuentas* y balance presupuestal, es decir algo así como su justificación de cómo han recaudado los recursos y realizados los gastos previstos. Y en este caso, según el artículo 215 de la Constitución los autoriza a "proponer las modificaciones que estimen indispensables para los presupuestos de sueldos, gastos y recursos".

Otro principio es el de la *unidad*, según el cual es conveniente que todos los presupuestos se aprueben conjuntamente para tener una visión global de los gastos públicos, de su influencia en la economía nacional y una orientación sobre ésta. Este principio no se cumple en nuestro país, porque los presupuestos de los Gobiernos Departamentales y de los Entes comerciales e industriales del Estado se hacen separadamente.

También el principio del *equilibrio*, que establece que los gastos e ingresos efectivos del Estado deben encontrarse en paridad. Es decir, que debe haber un equilibrio entre los egresos y los ingresos, no sólo en lo nominal sino en lo efectivo (no un equilibrio entre lo que se gasta y lo que se calcula recaudar, sino la verdadera recaudación).

Por último, otro principio importante que queremos mencionar, es el de la *universalidad*, que entiende que todos los gastos e ingresos deben establecerse en columnas separadas, en forma detallada, de manera de evitar la posibilidad de establecer una compensación entre los mismos y un simple saldo. Interesa que se conozca y sepa cada uno de los gastos y cada uno de los ingresos. Este principio, si bien no está consagrado en nuestras leyes, se respeta en nuestro Derecho, en general.

Preparación del presupuesto

El presupuesto general de gastos lo prepara el Poder Ejecutivo (art. 168, inc. 19). Se prepara por intermedio de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y, aprobado por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros, debe ser remitido a la Asamblea General dentro de los 6 meses primeros de la instalación de cada nuevo gobierno. (El periodo era de un año y se redujo a la mitad en 1967).

El Poder Legislativo tiene un plazo que varía según cada una de las Cámaras y que puede llegar en total a nueve meses. Dicen los artículos 219 y 220 que cada Cámara tendrá tres meses transcurridos los cuales será convocada a sesión extraordinaria y permanente durante 15 días; que si una de las Cámaras rechaza el proyecto de la otra, aquella tendrá 30 nuevos días y que finalmente para resolver los puntos en desacuerdo la Asamblea General tendrá 30 días de sesiones comunes y 10 de sesiones extraordinarias.

En caso de que no se aprobara el nuevo presupuesto dentro de dichos plazos, continuarán rigiendo los anteriores, pues se tiene por rechazado el nuevo proyecto.

La Constitución de 1967 introduce el principio del "Presupuesto por programa" en el cual se fijan las metas de cada programa y los recursos afectados al mismo. Es otra manera de limitar la intervención del Legislativo que se reduce a controlar el monto de lo previsto (gastos y sueldos) para los diferentes programas. No debe entrar al detalle de cada cargo o cada gasto.

Ejecución y contralor

Una vez aprobado el Presupuesto corresponde su ejecución a través de los organismos administrativos, el cual se realiza en diversas etapas. Como vimos, al estudiar el Tribunal de Cuentas, hay un estricto contralor de cada gasto y de cada pago a efectos de comprobar si corresponde a los aprobados por el Presupuesto. En esta etapa interviene la Contaduría General de la Nación y la Oficina de Planteamiento, que evalúa la ejecución de los programas, organismos dependientes del Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía y Finanzas), pero fundamentalmente, el Tribunal de Cuentas, que tiene la posibilidad de dirigirse a la Asamblea General haciendo notar las irregularidades o las observaciones cuando las mismas no han sido atendidas.

Presupuesto de los Entes comerciales e industriales y Gobiernos Departamentales

Conforme lo prevé la Constitución de 1967, estos presupuestos se realizan en forma diferente a los de los demás organismos del Estado, es

decir, por los propios Entes Autónomos, los primeros, con aprobación del Ejecutivo y por los Intendentes, con aprobación de las Juntas, los segundos.

Todos los demás organismos del Estado, por más autonomía que tengan (como el Poder Judicial, los Servicios Descentralizados, etc.) o los Entes no comerciales o industriales (Entes de enseñanza, etc.) proyectan su presupuesto, pero el mismo es realizado por el Poder Ejecutivo dentro del mismo Presupuesto General de Gastos de la Nación, esto es, se hace por el mecanismo normal que estudiamos.

LOS INGRESOS DEL ESTADO. SISTEMA TRIBUTARIO, IMPUESTOS, TASAS, CONTRIBUCIONES.

Diversas fuentes de ingresos del Estado

Los ingresos del Estado provienen fundamentalmente de los tributos que cobra éste a los particulares, en una especie de compensación por los servicios que ellos reciben del ente público; otros recursos derivan del dominio público o privado del Estado y un tercer rubro resulta de los préstamos o empréstitos que se otorgan al Estado por parte de los habitantes del país, de los organismos bancarios nacionales y de las organizaciones financieras internacionales. Quiere decir que podemos establecer tres grandes rubros de ingresos del Estado; los dos primeros de carácter ordinario y el último, los empréstitos, de carácter extraordinario.

La fuente más importante de ingresos son los *tributos*, que se dividen, como veremos, en impuestos, tasas y contribuciones. Mediante ellos se cobran a los particulares cantidades por diversos conceptos y forman así la mayor parte de los ingresos del Presupuesto del Estado y la mayor fuente para el pago de los recursos. El otro rubro de ingresos ordinarios es lo que produce el patrimonio público y privado del Estado, como por ejemplo, la venta de los bienes del dominio privado, la explotación de éstos, etc. Por último existe un ingreso que se considera de carácter extraordinario porque se plantea en circunstancias excepcionales, anormales. Es la deuda pública, esto es la contratación por parte del Estado de empréstitos (préstamos) convirtiéndose en deudor, con el fin de recibir conjuntamente una importante suma que luego pagará (amortizará) en un largo plazo.

Impuestos, tasas y contribuciones.

Concepto

Son estos tributos fuente fundamental, como dijimos, de los ingresos del Estado. Este, para prestar sus servicios, reclama de los beneficiarios (la sociedad, los habitantes, la población) retribuciones que se perciben de muy diversa manera, tienen una diferente designación y responden a un distinto concepto. La *contribución de mejora* o contribución especial, es el pago de una obra o servicio, que representa algún beneficio económico para el contribuyente; interesa, pues, el destino del tributo que está vinculado

necesariamente al costo de la obra. Así, si se hace un camino, se exige a los vecinos una contribución; quien tiene una propiedad frente al camino pagará una suma mayor, el que tiene un poco más lejos algo menos y así sucesivamente. Es también el caso de la jubilación. Se trata, como se ve, del pago de una contribución, con el fin de que ese dinero se destine directamente a realizar la obra o dar el servicio que proporciona un beneficio particular. No son muy comunes, dentro de los tributos, estas contribuciones. Los más comunes son los otros dos tipos a que nos referiremos enseguida.

La *tasa* es una prestación de los particulares relacionada con una actividad del Estado y particularizada en un beneficiario. Es decir que quien paga la tasa retribuye el servicio que se recibe; podemos decir que paga el servicio, es muy similar al precio. Es el caso de un permiso, el que lo solicita (permiso de caza, permiso de porte de armas) paga, por ese permiso, una cantidad determinada. El que utiliza un servicio paga su costo. Sería el caso del peaje; el que atraviesa el puente, es decir, el que lo usa, paga una tasa. También el caso del que pone un cartel con un aviso y paga por poner ese cartel de propaganda a su favor. Quiere decir que la tasa representa una prestación particular de un individuo que obtiene una determinada ventaja por ese pago; que no está obligado a hacerlo sino que lo realiza cuando utiliza el servicio (paga el peaje cuando cruza el puente). Estas son las características más importantes del concepto de tasa, que lo diferencian del impuesto, aun cuando existen ciertos casos bastantes discutidos en doctrina.

El *impuesto* es una contribución cuyo cobro no está vinculado a ninguna actividad específica del Estado hacia el contribuyente y a ningún beneficio económico concreto que recibe éste. Es decir que no es como el pago de un servicio (tasa), no hay una relación directa ni vinculación alguna entre la obligación del contribuyente y la actividad del Estado desarrollada con el producido del impuesto. El Estado cobra los impuestos, naturalmente, con el fin de prestar los servicios esenciales que debe cumplir, con el fin de realizar sus actividades y dar a los particulares determinados beneficios. Pero el tributo llamado impuesto es independiente de toda actividad específica del Estado hacia el contribuyente. Es decir, que el impuesto lo recibe el Estado y luego lo destina a los servicios generales distribuyendo su producido en la forma que cree conveniente.

Son los tributos el conjunto más importante de ingresos; y dentro de éstos los impuestos los que producen mayor cantidad de recursos del Estado.

Hace años se discutía sobre la posibilidad de que un sistema tributario se basara en un impuesto único (impuesto a la tierra, impuesto a la renta, etc.). Hoy todos los regímenes del mundo se basan en un conjunto de impuestos de distinta índole y ya no se sostiene más aquella utopía de establecer uno solo, pues esto era más sencillo como sistema, pero impracticable.

El sistema tributario tiene una enorme importancia económico-financiera y refleja la orientación del Estado. Asimismo, mediante el sistema de tributos, especialmente de impuestos, se puede orientar la actividad económica de la nación, regular la riqueza, redistribuirla, etc. Por eso adquiere una importancia tan grande, especialmente en nuestra época en que, dada la gran actividad del Estado, los tributos y los impuestos son de una enorme gravitación y de un gran volumen.

Los impuestos se dividen principalmente, en directos e indirectos. Los impuestos *directos* son los que tienden a gravar la cosa poseída o adquirida (impuesto al patrimonio, a la tierra, a la propiedad, a la hacienda, etc.). Los impuestos *indirectos*, tienden a gravar la cosa cuando ella es gastada, como los impuestos a las ventas, los aduaneros, los impuestos internos al consumo, etc.

En el Uruguay, hasta hace un tiempo, siguiendo la tendencia latina, predominaban los impuestos indirectos y las mayores recaudaciones se obtenían de los impuestos internos al consumo, de los impuestos de aduana, etc. Sin embargo, últimamente se han introducido algunos impuestos de carácter directo, como el impuesto al patrimonio, el impuesto a la renta, el impuesto a la tierra. También el impuesto al valor agregado. El impuesto al patrimonio es un gravamen directo al patrimonio (conjunto de bienes, sea inmuebles, muebles o créditos) que posee una persona. Hay un impuesto a la renta agropecuaria (I.R.A.) que grava la actividad del agro, que sustituyó al antiguo impuesto a la actividad agropecuaria (Imagro) que tomaba como base la productividad estimada para gravar más al que menos producía. En todo caso toda la imposición al agro está cuestionada y presumiblemente será reformada.

Por último el impuesto al valor agregado (IVA) es un impuesto a la comercialización de bienes y servicios. Es decir que lo paga todo el que vende un objeto (una silla, una mesa, un automóvil, una máquina) o un servicio (el arreglo de una máquina, de un automóvil, etcétera).

Tiempo atrás fue derogado el impuesto a las herencias, aunque hay quienes proponen reimplantarlo y el impuesto a la renta personal, es decir a las entradas que perciben las personas por sus diversas actividades. Sólo se ha mantenido el impuesto a la renta de industria y comercio, es decir los gravámenes por el rendimiento de esos ramos. En materia de herencia se reimplantó sólo para los inmuebles.

Otra importante entrada para la prestación de los servicios estatales y un gravamen para las personas que trabajan en el Estado, lo constituyen las contribuciones para los servicios sociales, es decir para que éstos puedan prestarse: jubilaciones, asignaciones familiares, seguros de enfermedad, vivienda.

La deuda pública

Es, dijimos, la deuda del Estado por empréstitos a particulares, organizaciones financieras y otros Estados. Será entonces interna o externa.

El Estado, cuando necesita una entrada importante inmediata (hacer una obra, camino, puente, etc.), no puede recurrir al tributo, generalmente cobrado periódicamente. Acude, entonces, al empréstito; pide un préstamo. El que toma la deuda (particular o persona jurídica), presta al Estado. Este paga un interés y va amortizando la deuda. Para eso recurre a las otras fuentes (impuestos, etc.). Pero de ese modo ha conseguido una importante suma que pagará, luego, en un plazo más o menos largo.

Para tomar préstamos de los particulares el Estado recurre a la emisión de papeles de deuda pública, como lo son las Letras de Tesorería (a corto plazo) y los Bonos del Tesoro (a plazos mayores). En otros casos, acude a los organismos internacionales de crédito, tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, etc.

Lecturas recomendadas para esta unidad

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. *La Constitución de 1952.*

REAL, Alberto Ramón. *Principios de Derecho constitucional y administrativo.*

KORSENIAK, José. *Curso de Derecho Constitucional.*

UNIDAD IX

LOS DERECHOS HUMANOS (1ª Parte)

LA PERSONA HUMANA Y SUS DERECHOS

CONCEPSION CLASICA Y ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Así dice el artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos del Hombre que el 10 de diciembre de 1948 hiciera la Asamblea de las Naciones Unidas (ONU).

Ser persona de derecho implica, como sabemos, la posibilidad de tener derechos y obligaciones.

Por encima de todas las teorías parece indiscutible que deben reconocerse al individuo por lo menos algunos derechos. Por imperio de la razón natural sabemos que el hombre vive y que su vida no es sólo una manifestación animal, sino que necesita de ciertos atributos, de ciertos derechos, de ciertas posibilidades de actuar.

El grupo social y su organización política, el Estado, reconocen al individuo cierta esfera de competencia personal: sus derechos individuales.

Pero el reconocimiento de esos derechos, la forma de hacerlo y la cantidad e intensidad de los mismos ha variado enormemente a través de las épocas.

Historia de los derechos humanos

El mundo antiguo, aun en los máximos exponentes de su civilización, admitía sin reservas el poder absoluto del Estado y la sumisión del individuo.

En los pueblos del Cercano Oriente las libertades individuales no existen. La vida política y religiosa de la comunidad las absorben ilimitadamente, tal como sucede en Egipto.

En Grecia y Roma, donde las libertades políticas y la participación de los

ciudadanos en el gobierno podrían hacer pensar lo contrario, tampoco puede hablarse de una verdadera concepción de los derechos individuales [1].

Nunca se sostuvo, como se hiciera en el siglo XVIII, que el hombre solo por su calidad de tal debía tener derechos. El régimen más liberal de la antigüedad siempre fue compatible con la esclavitud, se admitió que el Estado se apoderara de los niños, los educara, les creara su vocación y determinara su porvenir; la religión la imponía el Estado y a veces hasta el matrimonio era obligatorio; se podía condenar a un hombre al ostracismo o a tomar cicuta por sus opiniones.

Por eso cuando se habla de la concepción clásica de los derechos individuales no se emplea el concepto en el sentido de antigüedad clásica.

Algunos autores citan como época de arranque de los derechos individuales la Edad Media.

Una serie de elementos concomitantes contribuyen a que en esa época se desarrolle la vida individual con una mayor libertad que antes (aunque no para todos los hombres).

Pueden citarse entre otros elementos: las costumbres de vida de los bárbaros, las condiciones de vida anárquica de la época y las ideas del Cristianismo.

Es indudable que los bárbaros con su régimen nómade y su sistema de vida y el régimen feudal en el cual la noción de Estado y su autoridad aparecían borrosas, determinaron una mayor libertad de vida de los hombres.

También el Cristinanismo trajo al mundo las nociones de igualdad y fraternidad humanas y la idea de que las relaciones de conciencia del hombre -y sobre todo las de éste y su Dios- eran ajenas al poder temporal de los gobernantes ("Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César").

Pero la mayoría de los autores consideran que tampoco en este período se encuentra el origen de los derechos individuales. El feudalismo en su esencia fue subordinación y renuncia a estos derechos, los que se cambiaban por la seguridad que el señor proporcionaba al vasallo. Y el Cristianismo es más teórico que práctico en su liberalismo: admite la esclavitud y sólo pide que se trate dulcemente al esclavo y cuando la religión dominada se convierte en dominante llega a negar la libertad religiosa y de conciencia imponiendo los preceptos inclusive por la fuerza (Inquisición).

(1) Esta es la concepción admitida que compartimos. Cabe señalar, no obstante, que JELLINEK discrepa con ella y afirma que se debe al error de tomar como base de estudio al Estado Espartano -éste sí negador de derechos individuales- o las ideas personales de Platón y Aristóteles. Pero que si se estudia la vida griega en sus ciudades, se puede comprobar cómo existían los derechos individuales que era evidente, que no necesitaron ninguna expresión legal.

Esta opinión está aislada en la doctrina.

Jellinek encuentra el verdadero origen de la doctrina de los derechos individuales en el movimiento de la Reforma, puesto que al propugnarse por el libre examen de los textos religiosos se da nacimiento a la libertad de conciencia y las demás libertades aparecen como corolario de aquélla [2].

La mayoría de los autores opinan que el verdadero origen de la doctrina individualista se encuentra en el movimiento del siglo XVIII, en el florecimiento racionalista impulsado por el despotismo ilustrado y la escuela del Derecho natural, es decir en los pensamientos que inspiran la Revolución Francesa y plasman en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789.

Estas corrientes de pensamiento centran el universo en el individuo y son una reacción contra el estado de cosas de la Edad Media. Ellos, como reacción a un orden social en el cual el individuo aparece a veces sin ningún derecho y como pieza de un organismo superindividual o de diversos núcleos sociales (gremios, etc.), exaltan al individuo como finalidad en sí.

Dice un autor que la idea sociológica del iluminismo -o sea del despotismo ilustrado o iluminado- es la "atomización de la sociedad". "El espíritu de análisis, agrega, que en psicología habría de conducir a la atomización del alma, en sociología ha de llevar con mayor facilidad a la negación o desconocimiento de lo social...". "Hay una verdadera incomprensión de valores sociales" y "así como durante muchos años el sistema de normas apunta a la entidad feudal, a partir del siglo XVIII, en el centro de todos los sistemas de normas hallaremos al individuo" [3].

Otra idea que es común entre los autores de la época es la de que la organización social debe fundarse en la naturaleza. Debe destacarse el sentido especial que le dan a este término. Para ellos a la naturaleza pertenecen todas las verdades inmanentes, que no tienen necesidad de una revelación trascendental, sino que son ciertas y evidentes por sí mismas.

Vinculaban lo natural a lo racional y a la fórmula de "vivir conforme a la naturaleza" agregaban "a través de la razón humana".

La confianza que se pone en esa época en el Derecho, se debe a que se considera a éste producto de la razón, la cual es capaz de descubrir la ley natural, las normas que, por ser racionales, son permanentes e inmutables, emanadas de la naturaleza humana.

Otra idea que es común a los autores de la época es la del contrato

(2) Algunos autores, especialmente católicos, contradicen esta posición y opinan como BALMES que "el protestantismo lejos de abrir el camino a la libertad, forjó las cadenas de la esclavitud. Su primer paso fue abolir la autoridad del Papa, echar por tierra su jerarquía y colocar en manos de los príncipes la supremacía religiosa". (*El protestantismo comparado con el catolicismo*, París, 1931, II, pág. 264).

(3) Sebastián SOLER, *Ley, Historia y Libertad*. Buenos Aires, 1943, págs. 53 a 57.

social: los hombres habrían vivido, antes de entrar en sociedad, en estado natural, totalmente libres y sin vínculos entre sí, cada uno con los máximos derechos. Pero por diversas razones fue necesario que entraran en sociedad para lo cual hicieron un contrato[4].

Esta idea es de la más pura esencia racionalista: la propia sociedad nace de un acto racional y voluntario en los hombres como un contrato y naturalmente al realizar éste, los individuos, que en estado natural tienen todos sus derechos, solamente renuncian a algunos en beneficio de la colectividad quedando con otros.

Concepción clásica de los derechos humanos

Origen

Hay, pues, dos corrientes principales en cuanto al origen de la concepción clásica de los derechos individuales. Para varios autores el origen estaría en la Revolución americana donde habría surgido a través de los colonos americanos quienes habían llevado a Inglaterra sus ideas de libertad, especialmente de libertad religiosa.

En Inglaterra, desde antes que en el Continente, existieron documentos que garantizaron los derechos individuales [5] y revoluciones que los defendieron y pusieron a los monarcas ciertas vallas en su actividad.

Después del movimiento de la Reforma, varias sectas religiosas disidentes (cuáqueros, puritanos, etc.), emigraron a América y fundaron allí colonias dictando Actas de establecimiento, en todas las cuales se enumeraran los derechos fundamentales. Cuando se hizo la Revolución fue en nombre de esos principios [6] y la declaración de derechos formulada fue, indiscutiblemente, el antecedente de la Revolución Francesa y de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Frente a esta posición está la otra, más admitida, de que el origen de los derechos individuales es la corriente de pensamiento de los siglos XVII y XVIII a que nos referimos. Y ésta es la más lógica. Las Revoluciones inglesas fueron hechas por la nobleza para asegurar sus derechos contra los excesos monárquicos, nunca tuvieron carácter verdaderamente revolucionario, tendieron a restaurar derechos desconocidos momentáneamente. Si bien no puede desconocerse a Inglaterra el carácter de cuna de muchos derechos, no surge de ahí la afirmación fundamental de que el hombre tiene derechos propios, absolutos, anteriores al Estado. Esta idea es del siglo XVIII y si se establece en la Declaración de Filadelfia de 1776, es porque hasta allí es llevada del pensamiento continental que se había extendido. No olvidemos que muchos revolucionarios de Francia lucharon junto a los americanos, como el caso de Lafayette. Que la concepción individualista se haya inscripto antes en Filadelfia que en París, no modifica el origen común de estos principios.

Contenido

Según esta concepción, el hombre, al venir al mundo posee, por su propia calidad de tal, ciertos poderes, ciertos derechos subjetivos que son los derechos individuales naturales. El hombre nace libre, es decir con derecho a desenvolver su actividad física, intelectual y moral, al mismo tiempo que tiene derecho al producto de esa actividad.

Los derechos son, pues, *innatos*, es decir que el hombre nace con ellos, por lo cual son anteriores a la sociedad, no le son concedidos por el organismo social ni le pueden ser quitados. La idea del contrato permite justificar el carácter de innatos de los derechos.

Los derechos son *naturales*, es decir que el hombre los posee a causa de su "eminente dignidad humana", de su calidad de tal hombre. Todos los seres humanos los poseen en igual grado y extensión. Han existido siempre aunque a veces no se haya tenido conciencia de ellos.

Todo ello conduce a otro nuevo y fundamental carácter: los derechos son *absolutos*, el hombre los trae al nacer y los posee por sí, no en relación a los demás. Claro que se admite que, en salvaguardia de los derechos de todos, se hace necesario la limitación de los derechos de cada uno. Pero la única limitación que se admite es la que realiza la ley para salvar el derecho de los demás.

(4) La idea contractualista, común a todos estos autores, varía en cuanto a la concepción misma del contrato y sus alcances.

HOBBES parte, como todos, del estado de naturaleza primitivo, pero éste no sería un estado idílico sino de guerra. El hombre por naturaleza es malo y tiende a pelear, el hombre es el lobo del hombre (*homo homini lupus*). Para salir de esta situación los hombres realizan un pacto entregando todos sus derechos al Estado, un ser que consideran superior.

LOCKE, el teorizador inglés cuyo pensamiento influyó en las revoluciones inglesas y en las ideas de los colonos americanos, cree que el estado de naturaleza, anterior a la sociedad no es de guerra, sino un estado de igualdad, por lo que el contrato no hace nacer los derechos sino que los determina. Esto es fundamental porque allí se concluye que el hombre ya tenía antes de la sociedad, derechos que le son propios.

ROUSSEAU concibe como idílico ese estado, porque el hombre por naturaleza es bueno. Esto conduce también a la afirmación de los derechos naturales del hombre, éste es libre por derecho natural aunque por el contrato enajena parte de sus derechos a favor de la sociedad.

(5) En 1215 la Carta Magna, en 1267 la ley de Habeas Corpus, en 1688 el Bill de Derechos.

(6) La declaración de Filadelfia de 4 de julio de 1776 dice que "tenemos como verdades evidentes por sí mismas que todos los hombres han sido creados iguales; que a todos les ha concedido el Creador ciertos derechos de que nadie los puede despojar; que entre éstos se halla la vida, la libertad y la prosecución de la felicidad". En la misma se establece como fin de los gobiernos asegurar estos derechos y se reconoce que si no se cumple con ese objeto los hombres tienen derecho para modificarlo o abolirlo.

La concepción de aquellos filósofos de los siglos XVII y XVIII de que el hombre es el centro del Universo, de que el Derecho en su manifestación racional es la máxima expresión de la ley natural y sus ideas de contrato social, conducen a pensar en la existencia de un hombre con derechos anteriores al estado social y aunque esta idea sea establecida como una hipótesis, lleva a pensar que los derechos que tienen los hombres emanan de su calidad humana, son atributos de su especie y no le pueden ser desconocidos por ningún Estado. Si éste lo hiciera así, se reconoce la facultad de levantarse contra él para defenderlos, inscribiéndose entre todos, como un derecho fundamental, el de resistencia a la opresión.

Y no sólo los derechos no pueden ser quitados, sino que el hombre no puede tampoco renunciarlos, son inalienables e imprescriptibles. Este carácter asegura los derechos individuales contra el individuo mismo. El hombre no puede cederlos (inalienables) ni perderlos por el no uso (imprescriptibles).

El documento que constituye la máxima consagración de esta concepción clásica de los derechos individuales es la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano del 12 de agosto de 1789 [7].

Según ella, "los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. La libertad consiste en hacer todo lo que no dañe a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la comunidad el goce de esos mismos derechos. Esos límites no pueden determinarse mas que por la ley. Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección de éste es el más sagrado de los derechos y el más elevado de los deberes".

En síntesis se concibe al individuo con derechos naturales y absolutos anteriores a la existencia de todo poder y frente a él, a un Estado cuyo único fin es la conservación de los derechos de los hombres; es decir, un Estado con fines limitados y primarios.

Las declaraciones de derechos

Generalmente se hace partir de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el movimiento que propicia el establecimiento de los derechos fundamentales del individuo en declaraciones que constituyen la base de la Constitución de los Estados.

Ya vimos que antes de la francesa hay varias declaraciones, especialmente en Inglaterra y los Estados Unidos, pero es indudable que la fuerza y la repercusión del

(7) Se distinguen los derechos del hombre poseídos por el individuo aun en estado de naturaleza y sin sociedad, de los del ciudadano que surgieron con el contrato social al formarse el Estado y no pueden existir sin la organización política.

El texto de la Declaración puede consultarse en Enrique VESCOVI, Educación Cívica.

movimiento francés a través de la difusión que la Revolución Francesa dio a la Declaración de 1879, hace justo admitir que, por influencia de ésta, es que en los nuevos Estados de Europa y América se fueron haciendo Declaraciones de derechos, que luego se consideraron la base constitucional de los países independientes, que nacían a la vida libre.

Esas delcaraciones de derechos fueron luego incluidas en las Constituciones que tuvieron como parte casi obligatoria la dogmática, además de la orgánica.

Las Constituciones de post-guerra -es deicr las posteriores a la guerra de 1914-1918 y las posteriores a la última conflagración- dedican capítulos importantes a estas Declaraciones, estableciendo en el texto normativo de más jerarquía de los Estados, las garantías a los derechos individuales.

Luego vendrán, en este siglo, las declaraciones internacionales.

Evolución de la concepción sobre los derechos humanos

La concepción individualista se empieza por resquebrajar en el siglo XIX. Algunas circunstancias históricas, entre ellas el advenimiento del maquinismo, cambiaron las condiciones sociales e hicieron modificar la posición individual. La igualdad tal como se había concebido por la Revolución Francesa era teórica. Los individuos eran iguales ante la ley, el servicio militar, el impuesto. Se decía que "ningún artificio debe trabar el movimiento de ascensión o decadencia de los individuos. Las superioridades naturales no deben recibir ningún apoyo ficticio. Los ciudadanos deben quedar librados a su propio mérito, a sus propias fuerzas..." (Guizot). Se había abolido el derecho de reunión y de asociación -encarnación de los gremios y corporaciones medievales- considerando que oprimían la libertad individual.

Pero ahora se veía que la igualdad y el desamparo del hombre no siempre afirmaban su libertad. Frente a las desigualdades reales (sociales-económicas) faltaba la libertad. El patrono era libre de tomar o no al obrero, pero éste debía trabajar para comer, su teórica igualdad no le servía de mucho.

Y hubo que volver atrás del error utópico de hacer Declaraciones de derechos a las que los hechos contradecían [8].

Y la tendencia se manifestó en dos sentidos. En primer término se admitió la asociación, el grupo social para defender a los individuos

(8) Dice SOLER que los siglos XVII y XVIII son los siglos de las utopías y agrega: "Promulgar leyes redactadas en modo afirmativo como quien escribe un tratado de la naturaleza aunque sea de una naturaleza como ésa que el Iluminismo concebía, no es solamente un error gramatical o teórico. Lo grave de ello consiste en que se coloca a la ley en un plano formalmente inalcanzable para ella cual es el plano de los hechos."

aislados. Ya las Declaraciones de Derechos de fines del siglo XIX y todas las actuales, proclaman la libertad de reunión y asociación. En segundo término comienza el movimiento del intervencionismo del Estado.

Se admitió, pues, que no bastaba proclamar la igualdad, había que establecerla realmente y para eso se fortalecía el grupo porque así, por la unión que hace la fuerza, se conseguía la igualdad del débil frente al fuerte y por eso se admitía la intervención del Estado para asistir a los necesitados y crear condiciones indispensables para que todos pudieran gozar de su libertad.

Así se pasa a las nuevas teorías sobre los derechos individuales.

Concepcion actual de los derechos humanos

Duguit, con su crítica a la concepción individualista, señaló defectos esenciales de ésta.

Este autor empieza por hacer la crítica de la concepción clásica, expresando que parte de un afirmación hipotética y *a priori*. Dice: "Se afirma, en efecto, que el hombre natural, es decir, el hombre tomado como un ser aislado, separado de los otros hombres, se halla investido de ciertas prerrogativas, de ciertos derechos, que le pertenecen, porque es hombre, a causa de la eminente dignidad de la persona humana, según H. Michel. Pero esta afirmación es puramente gratuita, el hombre natural, aislado, naciendo libre e independiente de los otros hombres y teniendo derechos constituidos por esta libertad, es una abstracción sin realidad. En los hechos el hombre nace miembro de una colectividad; ha vivido siempre en sociedad y sólo puede vivir en sociedad... Lo único que puede afirmarse es no que los hombres nacen libres e iguales en derechos, sino que nacen miembros de una colectividad y sujetos por ese hecho a todas las obligaciones que implican el mantenimiento y desenvolvimiento de la vida colectiva".

No puede entonces haber derechos innatos, todos los derechos surgen de la sociedad y por eso se va a preconizar su utilización de acuerdo con los fines sociales. En vez de una doctrina individual es social.

Dice Duguit: "Calificamos de doctrinas de Derecho social a todas las que parten de la sociedad para llegar al individuo, del Derecho objetivo para llegar al subjetivo, de la regla social para llegar al derecho individual... todas las doctrinas que afirman que el hombre es un ser naturalmente social,

---

"No cabe reprocharles, dice, sino la ilusión sobre el olvido de la real naturaleza de la norma"... Y concluye diciendo que es menester un examen a fondo de los conceptos reales o éticos que no son *per se* conceptos jurídicos... "sabremos lo que el Derecho puede hacer y lo que no puede, y en consecuencia sabremos lo que de él podemos exigir y lo que en vano le pediríamos". (*Ob. cit.*, págs. 116-119).

está por esto sometido a una regla social que le impone obligaciones hacia los otros hombres y derechos que no son otra cosa que derivados de esas obligaciones...

"El hecho primario es la sociedad... El hombre viviendo en sociedad tiene derechos, pero esos derechos no son prerrogativas que le pertenezcan en su calidad de hombre, son poderes que le pertenecen, puesto que, siendo hombre social tiene un deber que cumplir y en consecuencia debe tener el poder para cumplir con ese deber... La libertad es un derecho sin duda, pero no una prerrogativa que existe en el hombre. La libertad es un derecho porque el hombre tiene el deber de desenvolver lo más completamente que sea posible su actividad individual... El derecho de propiedad, debe ser concebido como el poder, para ciertos individuos, de llenar la misión social que les incumbe por esa situación especial (de propietarios) en que se encuentran. La propiedad más que un derecho individual va a ser pues una función social" [9].

Vemos pues su concepto: no hay derechos individuales sino sociales. Se ha colocado en primer plano el deber siendo el derecho solamente un poder para cumplir con los deberes, teniendo todo derecho por principio y por objetivo la misión del deber que hay que cumplir.

Y evidentemente la concepción moderna de los derechos individuales en la doctrina y en los textos constitucionales se acerca más a la idea del derecho social que a la del derecho individual.

Sin admitir totalmente la concepción de Duguit, debemos señalar que la idea de nuestra época es fundamentalmente la de haber impuesto al lado del derecho la idea del *deber* y de la utilización social de los derechos.

Se establecen los derechos pero adquieren un contenido social.

Y además para cumplir con los deberes que se les imponen a los hombres surge la *obligación del Estado* de crear las condiciones indispensables y proporcionar los medios para ello.

Esa es la nueva característica, la concepción actual de los derechos individuales.

Estudiando algunos derechos y los textos constitucionales se observa la extraordinaria evolución producida.

El ejemplo más común es el del derecho de propiedad. Este ha pasado a ser de un derecho absoluto, un derecho relativo, relativo al fin social que debe cumplir.

---

(9) DUGUIT, Manuel ..., págs. 5, 6, 7, 8, 10 y 12

En nuestro propio país la evolución es clara y notable [10]. El Código Civil lo definía como el derecho de gozar y disponer de la cosa arbitrariamente... (art. 486 del Código Civil) y entre sus atributos señalaba "el servirse de la cosa, no sólo para los usos a que está generalmente destinada sino para los otros que estén en la voluntad del dueño (art. 487, inc. 2): el de destruir enteramente la cosa si le conviene o le parece" (inc. 4).

Frente a este concepto debemos contraponer el actual: la Constitución de la República dice, por ejemplo, que "toda la riqueza artística o histórica del país sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación" (art. 34); las leyes que establecen toda clase de servidumbres o retiros para la edificación, alturas, etc.; las que prohiben al propietario dar el desalojo de la finca arrendada y la suba del precio del arrendamiento; las que prohiben determinado uso de algunas cosas de propiedad de las personas (de artículos de primera necesidad), etc.

El derecho a la salud sufre también una evolución en el sentido moderno en nuestra Constitución. En el artículo 44 se dice que "todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará, gratuitamente, tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes, los medios de prevención y asistencia."

Es decir que ya la salud no es un derecho que cada uno puede ejercer como le plazca, es un deber y al lado de éste se establece la obligación del Estado de proporcionar los medios para cumplir con ese deber.

El derecho al trabajo se ha modificado también. Sin llegar al extremo de la declaración de la Constitución rusa de 1936 (el trabajo en la URSS era el deber de todo ciudadano apto, según el principio bíblico de que quien no trabaja no come; en la URSS se estableció el principio del socialismo: de cada uno según su capacidad, a cada uno según su trabajo, art. 132), ni a los principios de la Carta del Lavoro o de la Constitución española de 1932 (el trabajo es una obligación social), en nuestra Constitución se establece, además del derecho a trabajar (art. 36), una norma un tanto abstracta que impone en cierto modo el deber de trabajar. Dice: "todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica" (art. 53).

(10) Los títulos de nuestras propias Constituciones demuestran la evolución. La Constitución de 1830 contenía dos o tres artículos bajo el título de "Disposiciones Generales"; la de 1917 hablaba de "Derechos y Garantías" y la de 1934 y la actual dicen "Derechos, Deberes y Garantías".

En las últimas se ha incorporado todo un capítulo totalmente nuevo que responde a la tendencia de post-guerra que mencionamos, a la que no alcanzó la de 1917, con una serie de preceptos relacionados con los derechos sociales.

Y en cuanto a la enseñanza el artículo 70 dice: "Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial...". Hasta 1967 sólo se hablaba de la primaria.

En ambos casos aparece la obligación del individuo y la correlativa del Estado de facilitar los medios para cumplir con ella.

Se nos podrá objetar que todas éstas son obligaciones teóricas, simples declaraciones programáticas, pero es indudable, en primer lugar, que las ideas han cambiado; hace un siglo no se hubiera admitido imponer una cura a una persona contra su voluntad, o la obligación de trabajo, o de aprender. Además estas declaraciones permiten ir dictando leyes que las hagan efectivas. Para la enseñanza se han establecido multas a los padres, prohibición a los hijos de trabajar sin el certificado escolar, etc.; con relación a la salud se ha podido imponer la vacunación obligatoria, el tratamiento de enfermedades infecciosas, etc.

Además de estas disminución de la *intensidad* de los derechos se nota un aumento de la *cantidad*. No sólo a los derechos individuales se les acompañan obligaciones, se crean nuevos derechos verdaderamente sociales.

LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES. LA SEGURIDAD SOCIAL. INTERNACIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Derechos civiles y políticos

Una antigua clasificación divide los derechos en civiles y políticos. Se entiende por políticos los que hacen participar al individuo en el gobierno de su país; así el derecho del sufragio, el de ser investido de una función pública, etc.

Estos derechos no pertenecen, como vimos, a todos los individuos, sino a aquellos a quienes la Constitución y la ley acuerden su ejercicio (ciudadanos).

Los derechos civiles forman la esfera de actividad garantida por el derecho objetivo; es decir constituyen la totalidad de los derechos subjetivos con exclusión de los políticos. A diferencia de los precedentes, estos derechos pertenecen a toda persona sin distinción de edad y nacionalidad. Son entonces derechos civiles, tanto los derechos de familia como los patrimoniales, etc.

Esta clasificación mencionada por los clásicos [11] ha sido sobrepasada por la realidad actual, lo que sucede a menudo con las clasificaciones en las ciencias sociales, que en una época tienen un contenido y luego la dinámica

(11) Henri CAPITANT, *Introduction a l' étude du Droit civil*, página 108.

de la evolución modifica el concepto. En la actualidad cuando hablamos de derechos políticos, lo hacemos en un sentido más amplio. En efecto, hoy se suelen oponer los derechos políticos a los sociales, económicos y culturales de los que debemos hablar. En este sentido, se habla de la libertad política o de la Democracia política, por oposición a la libertad social o económica, como lo hemos hecho más arriba (*supra*, unidad VII). Se trata, entonces, de todos los derechos subjetivos que permiten al hombre actuar en la vida civil (privada) y política.

Los Derechos políticos y los derechos económicos y sociales. Los derechos culturales. Tendencias actuales

Como ya hemos visto la Revolución Francesa representa una etapa fundamental en la liberación del hombre, en la defensa de sus derechos individuales. Pero el acento se puso en ese momento en la libertad política, en la posibilidad de darle a todos los individuos acceso a la actividad pública. Es cierto que la Revolución consagró derechos económicos (derecho al trabajo, a la propiedad, etc.), pero como se ha dicho alguna vez, fue una etapa antisocial. Es que la reacción del individualismo se excedió y por la defensa del hombre se buscó liberarlo de todas las cadenas, suprimiéndose, inclusive, el derecho de asociación.

Además quizá en ese momento histórico no era necesario proteger al hombre en el campo económico y social; las condiciones de vida eran muy distintas a las de la época actual.

Luego, como vimos, durante el siglo XIX, se produjeron profundas transformaciones que pusieron de manifiesto el desamparo en el que quedaba el individuo aislado frente a los nuevos grupos, a las formas de concentración de la riqueza y a las diversas organizaciones que nacían.

Nuestro siglo, continuando la tendencia iniciada en el anterior, como reacción a aquel individualismo, es el de los grupos y el de los derechos económicos y culturales.

Se busca, como dijimos al hablar de la Democracia, que el individuo obtenga una protección no sólo contra el Estado, que puede afectar su libertad política, sino contra todas las circunstancias que lo puedan colocar en situación de inferioridad económica y social. Así se consagra la intervención del Estado para asegurar el trabajo, para porporcionar una vivienda adecuada, para mejorar la salud de la población, para preocuparse de la infancia, etc.

Diversas Constituciones consagraron en el Derecho positivo esos derechos económicos y sociales. Las que más se mencionan al respecto, posteriores a la guerra de 1914-1918, son la mejicana de 1917, la alemana de Weimar de 1919, la española de 1931, la de la URSS de 1936, la francesa de 1946, etc. Nuestra Constitución de 1934, siguiendo esta tendencia, consagró un importante capítulo de los derechos individuales donde encontramos los derechos económicos y sociales, así como en las demás Constituciones de América [12].

Posteriormente, es la sociedad internacional que se ocupa del problema, tratando de extender la protección a todos los hombres que habitan el planeta.

Contenido de los derechos sociales, económicos y culturales

La expresión, derecho social, puede resultar un poco equívoca, pues todo derecho tiene que ser "social". Sin embargo, es clara en el sentido que significa, (como cuando hablamos de la Democracia social), la existencia de derechos que soprepasando el estado elemental del respeto a la persona humana, van más allá de eso e implican una corrección de las injusticias sociales. El derecho social, significa entonces, para cierta categoría de individuos, admitir que tienen derecho, en su situación, en su modo de vida y en sus posibilidades, a algo más de lo que ellos podrían esperar del juego espontáneo de las leyes naturales [13]. Es decir que a diferencia de lo que sucede con los derechos políticos, no se trata aquí de una simple igualdad en el tratamiento (como puede ser con la libertad de expresar el pensamiento, la de prensa, la de circulación, etc.) sino de un tratamiento desigual de las situaciones desiguales, con el fin de corregir las injusticias sociales. Se trata, en un régimen de amplitud de fines del Estado, de intervenir para mejorar la condición social de quienes se encuentran en inferior situación.

Caracteres de los derechos sociales

La extensión de los derechos sociales depende, entonces, de la amplitud de los fines del Estado, pues éste es el que, directa o indirectamente, debe garantizar la existencia requerida. Es verdad que estos derechos, al igual que las libertades individuales (libertad política), pueden ser considerados como inherentes a la naturaleza humana, pero la exigencia de una intervención positiva del Estado se hace más imprescindible.

Resulta entonces que los derechos sociales se refieren generalmente a las personas más desposeídas o a los trabajadores o a las clases económicamente inferiores. Así se proclama, como derecho fundamental de los trabajadores, el ganar el sustento por medio del trabajo. Es que el derecho a la seguridad económica implica el de obtener un trabajo útil y productivo, el de no perder ese trabajo o asegurarse, en caso de perderlo por circunstancias insuperables (accidente, muerte, invalidez, vejez, etc.), una entrada que permita una vida decorosa para él o sus familiares.

---

(12) *Las cláusulas económico-sociales en las Constituciones de América. Publicación de la Academia de Ciencias Económicas*, Buenos Aires, 1948, Losada.

(13) Conforme Georges BURDEAU, *Manuel de Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, París, 1948, pág. 288.

Los derechos sociales, en segundo término, se refieren a las condiciones en las cuales tiene lugar el trabajo, pues, como hemos repetido, más de una vez en este libro, lo que se trata es de asegurar al hombre una vida digna. Así se han consagrado el derecho a una jornada de trabajo limitada, al reposo, a la realización de la labor en condiciones favorables (industrias insalubres, seguridad en el trabajo, etc.) a la protección de la maternidad y de la infancia, etc.

Por último, los derechos sociales de los trabajadores implican el reconocimiento de prerrogativas indispensables para que ellos sean efectivamente defendidos. Nos referimos a la libertad de trabajo y a la libertad sindical.

Concebido así, como un conjunto de seguridades para una vida socialmente digna y con una serie de prerrogativas capaces de equilibrar ciertas diferencias sociales, el derecho social revaloriza la libertad. En efecto, el reconocimiento de los derechos políticos sería un lujo vano, si en el cuadro de su vida cotidiana, en la usina, en el taller o en el escritorio un hombre permaneciera,bajo la dependencia de un patrón arbitrario, de una amenaza de paro que humille su dignidad de trabajador, que lo prive del gusto y de la alegría del trabajo. Como dijimos antes, si queremos una verdadera Democracia política, tenemos necesidad de asegurar una existencia decorosa que permita al hombre capacitarse y actuar en esa Democracia. Cuando el hombre no tiene ninguna garantía de seguridad en su vida de trabajador, utiliza el sufragio para defender su situación económica y social y no para decidir según su leal saber y entender el mejor partido a adoptar.

Por último, al referirnos a los derechos sociales, conviene señalar una característica especial, más que una enumeración implican un verdadero programa. Es decir que los textos que consagran estos derechos, más que comprendidos en una fórmula solemne, aparecen como un programa de futuro para el legislador. Esta característica la observaremos al mencionar algunos ejemplos de nuestra Constitución, así como en la declaración de las Naciones Unidas.

Los derechos económicos

Cuando se habla de los derechos sociales, se suele comprender en la misma expresión a los derechos económicos. Es decir, en cierto modo, una cosa apoya a la otra, pues esta seguridad social que pretendemos, no puede quedar basada sino en los derechos económicos. De modo que todo lo dicho hasta ahora podría aplicarse, no sólo al derecho social, sino a lo que genéricamente se denomina derechos sociales y económicos.

Sin embargo, algunos autores con ánimo de precisión señalan que los derechos económicos serían un capítulo aparte, en el cual correspondería mencionar el derecho de propiedad, naturalmente en su concepción actual, la libertad de comercio e industria, también controlada por el Estado, la de importar y exportar productos, etc.

Los derechos económicos tienen relación directa con la estructura económica del país. En realidad, se trata de los derechos que la ley reconoce como fundamento de la vida económica de la colectividad, que en este momento, en que el Estado es fuertemente intervencionista, implican la organización de la vida económica por aquél. En efecto, interviene en la vida colectiva, regulando la industria, dictando medidas proteccionistas (aranceles aduaneros, franquicias, etc.), al comercio (contralor de exportaciones e importaciones), la moneda, etc.

Los derechos culturales

Estos han sido la última manifestación de la defensa de la dignidad humana. Es que, corresponde también considerar que no es posible una existencia plena, sin la intervención en la vida cultural de la sociedad. Como demócratas, reiteramos, que es absolutamente imprescindible la difusión de la cultura. Y la igualdad exige el acceso para todos a las fuentes de educación. Y no sólo se proclama el derecho de todos a educarse, sino el de participar en las demás manifestaciones de la vida espiritual de la colectividad: arte, teatro, es decir a la cultura entendida en el más amplio sentido.

La declaración de las Naciones Unidas menciona entre los derechos humanos, el de la "educación" y el de "tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten" (artículos 6 y 7).

La seguridad social

Toda esta suma de derechos y libertades conduce, por un lado y reclama por otro, la existencia de lo que se ha dado en llamar la seguridad social.

Dice un autor nacional [14] que el hombre moderno se ha encontrado tan desamparado frente al Estado liberal y no intervencionista del siglo XIX, como frente al Estado socialista de algunos países del siglo XX. Señala que frente al primero el hombre se encontró solo en una civilización en la que necesitaba la protección frente a las poderosas fuerzas que se habían creado.

Agrega que la solución de que el Estado tomara para sí toda la actividad económica, social e industrial, etc., dejó también al individuo en el mismo desamparo o peor que antes frente al Estado poderoso y totalitario. Cree él encontrar una solución en una nueva concepción que es la idea de seguridad social [15].

(14) Francisco DE FERRARI, *Los principios de la seguridad social*, Montevideo, 1955.

(15) Afirma, que primero, en el ejercicio de la libertad sin restricciones del siglo XIX el hombre se vio desamparado, surgiendo los primeros reformadores sociales. Es que el asalariado siente una total inseguridad, una completa impotencia, es el artesano de la época anterior que termina por perderlo todo; el respeto

Es indudable que esta idea viene desde muy antiguo, desde que aparecieron las sociedades de socorros mutuos, las mutualistas y otras similares. El hombre que se encontró solo frente a su empleador, creyó demasiado en la ilusión de lo que podía hacer el Estado y le pidió a éste con demasiada frecuencia solución a todos los problemas. Como es imposible que éste las diera, se encontró sin esperanza, teniendo ahora puestos sus ojos en este nuevo concepto de la seguridad social.

La idea de garantizar al individuo contra los riesgos de esta sociedad, es muy antigua y nació originariamente en favor de las personas más desvalidas. Pero esa idea se ha revitalizado en el siglo en que vivimos, al perder el hombre el apoyo directo y personal que en otras épocas, en las pequeñas ciudades y villas de antaño y el conocimiento personal de todos los miembros del grupo, suplían, a veces con ventaja, la ayuda que hoy prestan al hombre los grandes sistemas de previsión de nuestros días.

Se ha estructurado así una organización que tiende a asegurar al hombre contra el temor, la necesidad, el infortunio, etc.

Por todos lados han surgido planes de seguros sociales (como el plan Beveridge y otros) con el fin de garantizar al hombre esa vida de que hablamos y a la que se refieren los derechos económicos y sociales que acabamos de mencionar. Desde luego, que la seguridad social,que empieza por ser la seguridad del trabajador, se extiende a todas las otras ramas de la sociedad, naturalmente primero a los más necesitados y luego a todos los demás. Se trata de prever el reparto del riesgo o de los distintos riesgos que puede correr el hombre a través de su existencia. Así se prevé el de la falta de trabajo con el seguro de desocupación, el de accidente de trabajo con el seguro contra accidentes, el de la vejez por medio de la jubilación, etc.

---

por su habilidad, el tesoro que antes significó tener una manualidad, la protección de su corporación, la propiedad de sus instrumentos de trabajo... (*ob. cit.*, pág. 18).

Frente a esto, nace el intervencionismo que conduce, en el extremo opuesto al Estado socialista y totalitario. El hombre se encuentra igualmente desamparado; a menudo sus libertades han sido perdidas, a cambio de la protección de algunos (de los más débiles) se ha privado a todos de sus derechos. El Estado lo hace todo: fija precios, compra, vende, produce, establece cuotas de importación, regula la economía y dirige los gustos artísticos y literarios, etc. El hombre otra vez está solo e inseguro. Generalmente ahora está peor, pues no conoce su verdadero enemigo (como antes era el patrono), pero vive inseguro y desconforme.

La esperanza es la seguirdad social, creada por el Estado pero realizada sin su intervención. Es el socialismo de los hombres que no quieren perder la libertad (*ob. cit.*, pág. 27, conforme DE FERRARI, *Lecciones de Derecho del trabajo*. Montevideo, 1961, págs. 275-276).

Por otro lado se trata de corregir por ese medio las injusticias sociales que mencionamos haciendo que, por medio de los seguros exista una verdadera redistribución de la renta nacional. Es decir que, como el seguro se reparte o se soporta en forma distinta, correspondiéndole al patrono pagar una mayor parte que al obrero o al rico que al pobre, se obtiene de esta manera un sistema que mejora la situación económica, haciéndola más igualitaria.

Así, en la mayoría de los países, existen leyes que aseguran contra el desempleo, la invalidez, la vejez, la enfermedad, etc.

Se trata de brindar a todos la seguridad de tener esa vida digna con cierta permanencia.

Derecho a un Medio Ambiente sano y al Desarrollo Sostenible

Modernamente la preocupación frente a las agresiones que sufre el Medio Ambiente, a la depredación de los recursos naturales, el interés creciente por la protección de la biodiversidad, han llevado a que en muchos países y en importantes Convenciones Internacionales se consagre el derecho a un Medio Ambiente sano y al Desarrollo Sustentable.

Actualmente puede considerarse que los mencionados derechos integran el elenco de derechos humanos fundamentales. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992 se suscribió un documento por consenso que se conoce con el nombre de "Declaración de Río". En dicha declaración se consagraron importantes principios orientadores en la materia, como el derecho de todo ser humano a una vida saludable y productiva en armonía con la Naturaleza y la responsabilidad de los Estados de vigilar que las actividades que se cumplan en su jurisdicción no dañen el Medio Ambiente. Se consagró también el principio de que el derecho al desarrollo debe ejercerse de tal manera que responda de forma equitativa a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones futuras (desarrollo sustentable o sostenible). Se prestó también particular atención al tema de la pobreza, y se reconoció también la prioridad de los países en desarrollo o más vulnerables desde el punto de vista ambiental.

También se suscribió en Río de Janeiro en esa oportunidad el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que fue firmado por 152 países, con la abstención de los Estados Unidos. Este importante convenio establece objetivos en materia de conservación de la diversidad biológica, propone medidas para su conservación y utilización sostenible, prevé el establecimiento de "áreas protegidas", incluye la posibilidad de otorgar incentivos, realizar investigaciones y capacitación, como así también tareas de educación y sensibilización pública. Promueve la cooperación científica y técnica entre los Estados, establece mecanismos financieros de cooperación en la materia, y prevé el Arbitraje para la solución de controversias.

Si bien se trata, en su mayor parte, de una legislación de carácter programático, no es menos cierto que estamos asistiendo al nacimiento de una nueva rama del Derecho, el "Derecho ambiental". Y ya no se puede dejar de mencionar, aun en un libro de nociones básicas sobre Derecho como el presente, la existencia, a nivel supranacional, de un derecho fundamental como lo es para las generaciones actuales, el derecho a un Medio Ambiente sano, y para las futuras, el derecho al Desarrollo Sostenible, que no es ni más ni menos que el derecho que ellas tienen a que, las políticas y acciones de desarrollo actuales no les impidan disfrutar en el futuro, de un medio ambiente que tenga, al menos, las mismas características que el que disfrutamos hoy.

La internacionalizacion de los derechos humanos

Otro importantísimo fenómeno contemporáneo es éste, que implica reconocer, en primer término, al individuo como sujeto del derecho en el campo internacional y, en una segunda etapa, proporcionarle la protección de sus derechos, también en esa esfera.

Las primeras manifestaciones de la protección de los derechos humanos que señalan los internacionalistas, aparecen a través de la defensa de ciertos derechos de los extranjeros en los territorios de los demás Estados (especialmente de la libertad religiosa). Posteriormente aparece la defensa de los derechos de las minorías en otros Estados. En definitiva, el Derecho internacional público, que en un primer momento sólo reconoce como sujetos a los Estados va, en una etapa moderna, a reconocer al individuo como sujeto de derecho en este campo [16].

Pero más recientemente, la sociedad universal, ha tendido no sólo a reconocer los derechos subjetivos en este campo, sino también a buscar medios de protección a los mismos [17].

Ya vimos que desde que existe una forma más evolucionada de sociedad internacional con la organización de las Naciones Unidas, su Carta establece, desde el preámbulo, diversos artículos que se refieren a los derechos de los individuos que componen la Humanidad, cualquiera sea el lugar, proclamando aquella concepción sobre igualdad y derechos sin distinciones a la que ya nos referimos. Desde luego, que toda esa declaración de derechos humanos universal que ya estudiamos, necesita, como todo derecho subjetivo, la correspondiente protección jurídica (sanción).

(16) Jacqueline ROCHETTE, *L'individu devant le Droit internationnel*, Paris, 1956.

(17) René CASSIN, *L'homme sujet de Droit internationnel et la protection des droits de l'homme dans la societé universelle* en "La Technique et les principes du Droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle", págs. 67 y sigts.

evolución, es evidente que no podemos decir que al reconocimiento de los derechos haya seguido, como consecuencia ineludible, la vigencia plena de los mismos y su defensa inclusive por la fuerza.

Es evidente que hay un intento importante de realizar dicha defensa internacional de los derechos del hombre [18] a través de muy diversos organismos e instituciones creados en diversas partes del mundo. Al efecto podemos señalar la Corte Europea de los Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, creada el 3 de setiembre de 1958, que es un tribunal judicial en el que se reconoce el derecho de todo individuo a presentarse ante el mismo reclamando por cualquier violación de sus derechos humanos. Esta Corte es ya una realidad.

Finalmente se crea un Instituto para la defensa de los derechos humanos y una Corte en Latinoamérica con sede en Costa Rica, que Uruguay ratifica como uno de los primeros actos del gobierno que asume el 1º/III/1985 (Pacto de San José de Costa Rica)[19].

En definitiva se trata de intentos que tienden a colocar los derechos del hombre bajo la protección de la sociedad internacional, para evitar que puedan ser desconocidos por los Estados.

Conclusiones

Es indudable que se marcha por un camino de socialización, que nos alejamos de aquel individualismo inicial para ir a una organización socialista -en el sentido amplio del vocablo- con más justicia social. Sin embargo, nunca debemos olvidar en esta marcha que todas estas conquistas tienden a mejorar la condición del hombre, de un hombre que ya no concebimos como aislado, sino como un ser social, pero individuo al fin.

El hombre se desarrolla plenamente en el grupo social, en la reunión con los demás hombres realiza todos sus fines. Por eso nos tenemos que poner en guardia contra la exageración de los contenidos sociales de los derechos cuando ellos niegan la individualidad.

No admitimos que el hombre por su calidad de tal no tenga derechos, por el contrario, consideramos que el individuo al nacer tiene derecho a vivir y esa vida consta de atributos específicos que se cumplen en sociedad pero que se dan en los individuos.

La idea de Duguit puede conducir a negar el derecho individual y en ese sentido la rechazamos: ya dijimos que los deberes sólo tienen sentido para garantizar los derechos.

(18) C. GARCIA BAUER, *Los derechos humanos preocupación universal*, Guatemala, 1960.

(19) *Derechos humanos en los Estados Americanos*. Publicación de la Unión Panamericana.

Por esa razón nos parece bien que, en la declaración universal de los derechos del hombre realizada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, además de establecerse que toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y deberes respecto de la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollarse libre y plenamente su personalidad, se dice que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos... (artículos 1°, 22 y 29).

Sin desconocerse el carácter social de los derechos y las obligaciones del individuo para con la sociedad se vuelve al concepto del siglo XVIII de que los hombres por su calidad de seres humanos tienen derechos individuales intocables.

La vida vale la pena vivirla porque existen estos derechos, los que debemos reclamar para todos los hombres. Y estos derechos deben asegurar una vida digna y no la simple manifestación animal. Y debemos proclamar la necesidad de "un orden social e internacional en el que los derechos y libertades se hagan plenamente efectivos". (Declaración citada, artículo 28).

La sociedad es el hecho primario, cada uno no actúa sino en ella y, actualmente, dentro del Estado los derechos deben ser sociales porque la actividad de cada uno debe orientarse hacia el beneficio de la comunidad, pero deben ser a la vez individuales porque la socialización la entendemos como un medio de llegar a la más perfecta felicidad individual -que no puede ser de otra manera- del mayor número.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL REGIMEN URUGUAYO (2ª Parte)

INTEGRIDAD FISICA Y MORAL. LIBERTAD DE EXPRESAR EL PENSAMIENTO, DE CULTO Y DE ENSEÑANZA. DERECHO DE REUNION Y ASOCIACION. IGUALDAD. DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES. LA SEGURIDAD SOCIAL. OTROS DERECHOS INDIVIDUALES

El artículo 7° de nuestra Constitución, enumerando diversos derechos, dice:

"Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

Integridad física

Derecho a la vida

El primer bien en el cual "los habitantes tienen derecho a ser protegidos", es el de la vida. Es que antes de salvaguardar ninguna facultad del hombre, es necesario que viva; por ello la primer manifestación del respeto a la integridad física de los individuos es ésta.

El hombre tiene derecho a vivir, tiene el deber de vivir, y el Estado la obligación de cuidad ese atributo humano.

Nuestro Derecho en defensa del mismo ha suprimido la pena de muerte, con la cual ni aun como la forma mas grave de sanción, se puede quitar a una persona aquel derecho [20].

El derecho a la vida se defiende aun antes del nacimiento con el castigo del delito de aborto y la memoria de la persona se salvaguarda después de su muerte estableciendo como delito, por ejemplo, el vilipendio de cadáveres

(20) "A nadie se aplicará la pena de muerte" (art. 26 de la Constitución).

El Estado establece medios para evitar que el derecho a la vida sea desconocido por los demás, castigando el homicidio como delito y estableciendo la seguridad en la sociedad para impedir que se le ataque. Para eso está la policía, con su función preventiva, para ello se prohibe y sanciona el simple porte de armas y también para cuidar ese derecho, cuando está en peligro y no puede recurrirse al Estado, se permite la defensa propia, estableciendo como causal de justificación que hace desaparecer el delito y en consecuencia la pena, la legítima defensa [21].

El derecho a la vida que garante el Estado, sobre todo el Estado moderno con su nueva concepción de los derechos individuales, no es la simple supervivencia, sino el derecho a tener una vida digna, con los atributos más indispensables que hacen la condición humana provista de manifestaciones elevadas. Nuestra Constitución reconoce el derecho al alojamiento higiénico, al perfeccionamiento físico y moral, a la protección de los débiles o necesitados de ella -menores, la mujer en estado de gravidez, los ancianos, enfermos- etc. [22].

También se establece el *deber* de vivir. Algunas veces se ha tipificado el delito de suicidio (con pena de dejar insepulto el cadáver, etc.). Actualmente y en nuestro Derecho, si bien por entender contraproducente la tipificación, no se le considera un acto punible, se comprueba que la ley lo repudia por cuanto establece como delito "la determinación o ayuda al suicidio" [23].

(21) Naturalmente que el Código Penal establece ciertos requisitos para que se configure esta causal de justificación: a) agresión ilegítima, es decir, que exista una agresión o la inminencia de la misma, no basta una amenaza; y que esa agresión no esté autorizada por la ley; b) "necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño", esto es que haya cierta proporcionalidad -conceptual, racional-, entre la defensa y el ataque: el agredido a golpes de puño no puede responder con un tiro, etc.; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. El que primero ataca, luego no puede ampararse en esta causa de justificación.

(22) Nuestra Constitución desde 1934, en su declaración de derechos de conformidad con la tendencia moderna, establece varios de estos derechos.

El artículo 40 dice que "el Estado velará por el fomento social de la familia"; que "la ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral" (artículo 41); el artículo 44 dice que procurará "el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes"; el 45 que "la ley propenderá al alojamiento higiénico y económico del obrero favoreciendo la construcción de viviendas y barrios que reúnan esas condiciones"; el 46 que "El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo, etc.".

(23) Dice el artículo 315 del Código Penal: "El que determinare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidos por enfermedad mental o por el abuso de alcohol o el uso de estupefacientes".

Con el mismo sentido se castiga el homicidio aun cuando la víctima lo consienta o lo pida. Por razones especiales -ajenas al desprecio al derecho a la vida- nuestro Código Penal moderno admite la exoneración de pena al homicidio por piedad o eutanasia [24].

Como vemos, pues, el derecho a la vida, su protección por el Estado y el deber para el individuo de mantenerlo, se encuentra ampliamente reglamentado en nuestro Derecho positivo, tando en la Constitución como en las leyes.

El principio de libertad

Como principio general de Derecho nuestra Constitución establece que "ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe" (art. 10).

La regla es, pues, la libertad, positiva -de hacer todo lo no prohibido- y negativa -de no hacer lo que no está mandado- las limitaciones a la libertad son de excepción, ellas no existen si no están expresamente determinadas en las leyes. Es éste un principio básico del régimen democrático que viene desde la Revolución Francesa, es la afirmación de la libertad del individuo, sólo limitada por una norma legal (lo que no manda la ley), es decir, emanada de una cámara cuya representación es popular.

Esa libertad es irrenunciable [25].

(24) Muchos debates se han originado alrededor del problema de la eutanasia -buena muerte-. Hay quienes por convicción filosófica o religiosa la rechazan en absoluto y en todos los casos. De cualquier modo resulta muy difícil determinar el límite entre los tratamientos médicos administrados para evitar el sufrimiento cuando la ciencia considera el "caso perdido" y la provocación de la muerte. También resulta difícil que la ciencia pueda asegurar la absoluta imposibilidad de la salvación del enfermo.

Además del caso de muerte al enfermo que sufre y no tiene salvación, se presenta también el del sacrificio de los que nacen con horribles defectos, etc.

Nuestro Código Penal de 1934 establece que: "Los jueces tienen facultad de exonerar de castigo al sujeto con antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima" (art. 37).

(25) La esclavitud está prohibida aun cuando fuera voluntaria y además el Código Civil establece la imposibilidad de que una persona se comprometa a un servicio personal en forma ilimitada diciendo "Nadie puede obligar sus servicios personales, sino temporalmente o para obra determinada" (artículo 1836).

Garantías a la libertad física

El hombre no sólo tiene derecho a vivir, sino también a disponer libremente de su ser físico, de su persona. El mismo artículo 10 dice en su primera parte que "las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados" (26).

Pero no basta afirmar la libertad, es necesario establecer efectivas garantías para su defensa. Existe una forma, conocida por todos, de cercenar esta libertad de la persona física: la reclusión en una cárcel. Por eso la garantía fundamental a la libertad del ser físico se traduce en que el individuo no sea detenido o arrestado por medio de la fuerza de la autoridad, sino en casos especialmente delimitados, de conformidad a normas preestablecidas.

El primer cuidado es el de establecer cómo y cuándo una persona puede ser arrestada; la garantía está en determinar cuáles son los funcionarios que pueden hacerlo, en qué casos y la responsabilidad de los mismos.

El artículo 15 de la Constitución dice que "nadie puede ser preso sino *infraganti* delito o habiendo semiplena prueba de él por orden escrita del Juez competente".

Hay dos casos pues, en que una persona puede ser detenida. Primero, en *infraganti* delito, es decir, cuando la persona es encontrada en el acto de delinquir. El concepto de flagrancia es, sin embargo, un poco más amplio, pues según el Código de Instrucción Criminal hay también *infraganti* delito cuando el criminal es encontrado huyendo u ocultándose o cuando es designado en concepto público con indicaciones precisas (27).

---

(26) Conviene recalcar que la libertad de cada uno tiene como límite el derecho de los demás y de la colectividad en general. Por eso se excluye de la protección las acciones que van contra terceros o contra el orden público. La idea de "orden público" es un tanto vaga, pero conviene insistir en ella por el límite general de las libertades. El orden público es el orden indispensable y la seguridad que debe reinar en un Estado, es un concepto en el que se agrupan todas las condiciones que debe asegurar el gobierno, por medio del régimen de policía, para existir y permitir que cada individuo pueda gozar de todos los derechos que se le reconocen. Concebido de ese modo el orden público es más que un límite, una afirmación de libertad, porque es la limitación de algún derecho para que se puedan usar todos los derechos, puesto que nunca será legítimo, ejerciendo un derecho, impedir que los demás ejerzan los suyos.

(27) El artículo 150 del Código de Instrucción Criminal dice: "Hay infraganti delito: 1) Cuando el autor del hecho punible es visto en el momento de cometer el crimen o delito; 2) Cuando inmediatamente después de ejecutado se designare a su autor por su nombre o indicaciones precisas por haber huido u ocultádose; 3) Cuando enseguida de conocerse la existencia del delito, habiendo presunciones graves sobre persona determinada se encontrara a ésta en el acto de ocultarse o huir o se tuviera conocimiento de su ocultación o fuga".

El segundo caso exige tres requisitos para la detención: a) semiplena prueba, es decir, una prueba que no es total, que no es suficiente para decidir la condena de una persona, pero que es bastante para detenerla e iniciar el proceso; b) orden del Juez competente, que es la garantía fundamental, puesto que todos los requisitos que estudiamos se dirigen a que sea el magistrado el que decida la detención; y, c) por escrito, para garantir la veracidad de la decisión.

Fuera de estos casos existe la llamada "detención por averiguación", es decir, el arresto de la persona sospechosa para investigar. La policía, antes de tener la orden del Juez, debe actuar en su función de investigación para aclarar los delitos. Esta facultad ha sido considerada inconstitucional por una gran parte de nuestra doctrina (28).

Y en este caso de infraganti delito puede arrestar no sólo la autoridad, sino también cualquier particular. El artículo 380 del mismo Código dice: "En caso de "infraganti delito", tienen autoridad para aprehender los agentes de policía y todo habitante de la República, con obligación de entregar inmediatamente la persona aprehendida al Juez más inmediato, declarando bajo juramento el suceso que dio lugar a la prisión".

(28) Es muy compleja la solución de este problema. Si la policía no puede detener mas que por orden del Juez y con semi-plena prueba -es decir sólo frente a quien se configura la evidencia y después de ella- en muchos casos no puede actuar. Cuando hay un crimen sin ningún sospechoso, no podría detener e interrogar a muchas personas; si hay varios sospechosos no podría detener a nadie, pues no puede haber semi-plena prueba de un hecho respecto de varios.

En cuanto al Derecho estricto hay dos tesis:

Para la primera la detención por averiguación es inconstitucional: sólo puede detenerse en los casos previstos por la Constitución y en ninguno más; luego si no hay infraganti delito no puede detenerse mas que por orden del Juez, con semi-plena prueba.

Algunos partidarios de esta tesis llegan a admitir que tampoco es legal el "pre-sumario", es decir la averiguación anterior al sumario, la que no podría efectuarse ni aun bajo la dirección del Juez y sin prisión. Pero es indudable que la Constitución admite estas averiguaciones puesto que para iniciar el sumario exige semi-plena prueba y por lo tanto debe realizarse determinada actividad judicial que técnicamente se llama presumario (conforme ARLAS, *Código de Instrucción Criminal*; nota al artículo 146, Montevideo, 1950).

La otra tesis sostiene que sería legítima la detención por averiguación, durante menos de 24 horas, después de las cuales debe someterse el detenido al Juez o liberarlo. Ella se basaría en que la Constitución sólo obliga a iniciar el sumario después de 24 horas y en que el Código de Instrucción y el de Procedimiento lo admiten. (El art. 420 de aquel dice que en las cárceles se establecerá un lugar separado para la "seguridad preventiva de todo individuo que sin ser acusado de un delito, haya necesidad de detenerlo para la averiguación del mismo o por

Después de arrestado hay formas de garantir el derecho a la integridad. La Constitución establece que "el Juez... tomará al arrestado su declaración dentro de las veinticuatro horas y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario". La toma de contacto directo del Juez con el detenido -tomándole declaración dentro de las 24 horas- es esencial por cualquier queja que éste formule y para que el magistrado pueda tener una impresión directa, pues puede haber decretado la detención con los datos que le da la autoridad administrativa (policía). También es importante la iniciación del sumario [29], porque de él surgirá la plena prueba o la demostración de la inocencia.

A pesar de estas disposiciones la autoridad administrativa puede aprehender a un individuo indebidamente y entonces es posible reclamar del Juez que tome intervención. Para ello está establecido el recurso de habeas corpus, de antigua data [30], por el cual "en caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrán interponer ante el Juez competente el recurso de habeas corpus a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión estándose a lo que decida el Juez indicado" (art. 17 de la Constitución).

Cuando una persona es detenida por la autoridad administrativa y no se le da cuenta al Juez, "cualquier interesado" puede presentarse. El Juez entonces ordena que de inmediato se "explique y justifique" el motivo de la detención y desde ese momento resolverá lo que corresponda.

simples sospechas de complicidad", el artículo 158 del Código de Procedimiento establece el derecho del procurador oficioso de defender, entre otros, sin poder, al que "retuviese la policía por más de veinticuatro horas sin remitirlo al Juez competente").

El Poder Ejecutivo varias veces ha sostenido este criterio en diversos decretos (23 de agosto de 1939 y 24 de octubre de 1945).

(29) El juicio penal tiene dos partes, el sumario (que se inicia en el auto de procesamiento, es decir la resolución del Juez que, en virtud de la semi-plena prueba, declara procesado y ordena la remisión del prevenido, le intima que nombre defensor, etc.), etapa en la cual se averiguan los hechos mediante declaraciones de testigos, cargos, inspecciones e indagaciones de toda índole y el plenario, en el cual se produce la acusación fiscal, la defensa del abogado del procesado y la sentencia.

(30) El habeas corpus es de origen inglés -aunque algún autor diga que su más antigua expresión está en los fueros vascos- se remonta a la Carta Magna (1215) en la cual se reconoce por primera vez que "ningún hombre libre será desposeído de sus libertades, ni privado en cualquier forma sino por sentencia de sus pares o por la ley del país". Después en la ley de habeas corpus (1697) se establece el derecho para el detenido de solicitar un "Writ de habeas corpus ab subjiciendum" es decir una orden por escrito de la Corte de Justicia de que el "hombre y el negocio serán traídos ante la Corte quien examina la causa".

Luego, durante el proceso penal, hay una serie de garantías para asegurar los derechos de la persona, evitar las condenas injustas y las penas que no correspondan. Así, se establece que todo procesado penal debe tener un defensor (existiendo funcionarios especiales, llamados defensores de oficio, que pagados por el Estado, asisten a los pobres o a los que no quieren poner un abogado particular) y que éste tiene derecho a asistir a todas las diligencias sumariales. Se establece la prohibición de jucio penal en rebeldía, esto es en ausencia del reo. En este caso (fuga, etc.), el proceso se detiene; a nadie se puede condenar en la vía penal (sí en la vía civil) si no está presente (art. 21 de la Constitución). Se dice que "en cualquier estado de una causa criminal, que no haya de resultar pena de penintenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley" (art. 28 de la Constitución) [31]. Esta libertad bajo fianza permite que, mientras sigue el proceso, en los delitos cometidos por personas no peligrosas, éstas puedan quedar libres.

También dice la Constitución que "en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, su aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito" (art. 26).

Y el artículo 12 dice que "nadie podrá ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal", lo que significa que para castigar y poder mantener a una persona presa es necesario primero el proceso, con todas las garantías que estudiamos y luego la sentencia dictada por el Juez competente.

En los casos en los cuales el Poder Ejecutivo puede decretar medidas prontas de seguridad ("casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior"), las cuales deben comunicar a la Asamblea General y estar a lo que ésta resuelva, se establece que, en cuanto a las personas, "sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él" (art. 168, inc. 17 de la Constitución). Es decir que aun en estos casos gravísimos se garante la integridad física por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Uruguay, acuerda una

(31) Esta disposición es fundamental porque permite al Juez en cualquier momento -mismo al día siguiente de decretar el procesamiento y la detención- poner al acusado en libertad bajo fianza (o juramento) evitando de este modo, sobre todo cuando se trata de un primario- que tome contacto con la cárcel por mucho tiempo. La Constitución exige para autorizar la libertad "que no haya de resultar pena de penitenciaría (que es la pena superior a dos años), lo que se apreciará por el Juez *prima facie* por los elementos que tiene a su disposición en ese momento. A veces el Juez niega la libertad en un primer momento y la otorga después (puesto que puede pedirse todas las veces que se quiera) cuando el sumario ha avanzado y hay nuevos elementos de convicción o ha transcurrido un tiempo mayor de detención

serie más de derechos al imputado investigado por un delito, que se aplica, en general, por los jueces uruguayos.

Integridad moral

El artículo 7º de la Constitución consagra el derecho al *honor*, es decir, el disfrute del propio decoro, con lo cual se afirma la defensa de la consideración que se debe tener a las personas no solamente en su integridad física sino también moral. El Estado debe velar por la defensa del honor de los habitantes del país y sancionar a quiénes violen este derecho.

La forma de proteger el honor es indirecta, sancionando las violaciones, puesto que no es posible, en este caso, establecer defensas preventivas, ni autorizar al particular a la propia defensa (como cuando para salvaguardar la integridad física, se admite la legítima defensa).

Estas sanciones se establecen para los delitos que tipifica y castiga nuestro Código penal, los de difamación e injuria.

Hay difamación cuando se atribuye a una persona hechos que pueden deshonrarla, o someterla al desprecio público. Hay injuria [32] cuando se asigna a un sujeto una calidad deshonrosa o agraviante. La diferencia consiste en que cuando se dice de alguna persona que ha realizado un acto determinado (ha defraudado en tal circunstancia a fulano de tal) hay difamación, mientras que para configurarse la injuria deben existir la atribución de una calidad determinada (fulano de tal es un estafador). Este último delito es más leve porque la imputación es más vaga, menos verosímil, por eso la difamación se castiga más severamente.

En estos delitos, cuya comisión significa violar el honor de los demás, se aplica la pena, aunque el reo demuestre la veracidad de lo afirmado [33].

(32) Código Penal uruguayo, artículo 333, (difamación). "El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de tal manera que pueda difundirse la versión le atribuyera a una persona un hecho determinado, que si fuera cierto, pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario, o exponerla al odio o al desprecio público será castigado con pena de cuatro meses de prisión a tres años de penitenciaría, o multa de cuatrocientos pesos a cuatro mil". Artículo 334 (injuria). "El que fuera de los casos previstos en el artículo precedente, ofendiere de cualquier manera, con palabras, escritos o hechos el honor, la rectitud o el decoro de una persona, será castigado con pena de tres a dieciocho meses de prisión o multa de trescientos pesos a dos mil".

(33) Sin embargo se permite la prueba de veracidad de lo afirmado y en este caso se exime de pena al autor de la imputación en los siguientes casos: 1) Cuando el ofendido es funcionario público por hechos de la función; 2) Cuando hay abierto un proceso penal contra el ofendido; 3) Cuando fuere evidente que el autor del delito ha obrado en interés de la causa pública; 4) Cuando el denunciado pida que se siga el juicio hasta probar la verdad o falsedad de los hechos atribuidos.

Una ley posterior regula el procedimiento en estos delitos con participación del Ministerio Público y de la víctima (el ofendido).

Libertad de circulación. Inviolabilidad de domicilio y de correspondencia como complementos de libertad personal

Libertad de circulación

Consiste en la posibilidad de entrar y salir del territorio nacional y de circular libremente dentre de él. Es la libertad locomotriz en su más amplio sentido, comprendido el derecho de residencia, de estar o de permanecer donde se quiera.

El derecho de entrar y salir del territorio nacional está consagrado en nuestra Constitución, aunque se dice que "la inmigración será reglamentada por la ley" y "que en ningún caso el inmigrante adolecerá de defectos físicos, mentales o morales". Y efectivamente, varias leyes y decretos del Poder Ejecutivo han reglamentado la inmigración -no la salida del territorio nacional- estableciendo condiciones para los que entran en él y distinguiendo los permanentes de los temporarios (turistas, pasajeros en tránsito para otros países, etc.). En este sentido se ha acentuado la tendencia restrictiva en los últimos tiempos, exigiéndose al inmigrante ciertas condiciones (certificados de conducta, certificado político-social que demuestre que no pertenece a organizaciones "que por medio de la violencia tiendan a destruir las bases fundamentales de nuestra nacionalidad", certificado de salud y certificado de trabajo o recursos) [34].

La libertad de circular dentro del territorio nacional no está sometida a restricción de ninguna especie -salvo para las personas penadas o para los alienados a quienes puede internarse en sanatorios, llenando ciertos requisitos de garantía- aunque pueda admitirse la reglamentación de la misma. Generalmente la reglamentación se refiere a los vehículos y sólo excepcionalmente al tránsito de peatones.

Inviolabilidad de domicilio

La intimidad de los hombres se garantiza con la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia.

Nuestra Constitución establece que "el hogar es un sagrado inviolable". Y dice que "de noche nadie puede penetrar en él sin consentimiento de su jefe y de día sólo de orden expresa del Juez competente, por escrito y en los casos determinados expresamente por la ley" (art. 11).

De noche pues, ni con orden de allanamiento puede penetrarse en el domicilio, si la persona no lo consiente.

Debe señalarse que lo inviolable es el "hogar" comprendiéndose en ese término, naturalmente, todas las dependencias de la casa de las personas,

(34) Ver ley de 13 de octubre de 1936 y decreto de 28 de febrero de 1947.

pero no entrando los locales que no se destinan a constituir la casa habitación (el garito de juego, por ejemplo, no estaría amparado en esta disposición).

Inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados

Dice el artículo 28 de la Constitución: "Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie son inviolables y nunca podrá hacerse su registro, examen o intercepción sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general".

Los gobiernos monárquicos del siglo XVIII creyeron que correspondía al Estado el conocimiento de la correspondencia de los súbditos; Saint Simon dice que en el primer rango de los medios de gobierno de Luis XIV estaba la "apertura de cartas" y todavía después de la Revolución Francesa, bajo Napoleón I, existió el "bureau de revisión". La libertad del secreto de los papeles particulares se estableció a partir del siglo XIX.

La fórmula de la Constitución es amplia en cuanto a lo que comprende, pues no sólo se refiere a la correspondencia epistolar sino también a la telegráfica y "de cualquier especie", pero es restringida en cuanto permite el examen dispuesto por la ley, fundado en razones de interés general.

Libertad de expresár el pensamiento

Concepto e importancia

Bajo este título debemos estudiar la libre emisión del pensamiento; no está en juego la simple libertad de pensar porque ella es inatacable, no cae bajo el imperio del Derecho, salvo cuando se expresa por medios sensibles (palabra oral o escrita). Además no sería tan grave porque el pensamiento en sí es infecundo socialmente mientras no se trasmite o se difunde.

Considerada la libertad de expresar el pensamiento, su importancia es fundamental. Todo el progreso humano y social está en juego cuando se coarta la libre emisión de los pensamientos. Sin esta libertad no pueden prosperar las nuevas ideas, muy a menudo resistidas por la tendencia reaccionaria de las costumbres, ni las nuevas formas de ciencia, de filosofía, de arte, de religión, etc.

También es fundamental la libre expresión del pensamiento desde el punto de vista político; es ocioso repetir todo lo dicho sobre este punto, baste decir que tan importante es, que cuando un gobierno quiere actuar en detrimento de los derechos individuales y suspender las libertades en general, lo primero que controla es la libre emisión de los pensamientos, puesto que a través de la libertad de opinión pueden los ciudadanos fiscalizar los actos de gobierno y éste conocer las aspiraciones de aquéllos directamente.

Cuando se nos pregunta en qué consiste la libertad de expresión del pensamiento, debemos responder que la fórmula es que se pueda emitir el pensamiento por cualquier medio *sin necesidad de censura previa*. Cualquier forma de contralor previo de la opinión que vaya a expresar una persona es un cercenamiento de su libertad; por otra parte la censura implica la existencia de censores cuyas ideas personales prevalecerán y en este caso el fundamento de la libertad de expresar el pensamiento desaparece: la censura es el dirigismo de la opinión y cualquiera sea la finalidad, el sentido y la amplitud de éste, es la negación de la libertad.

Extensión y límites. Responsabilidad

Como todas las libertades, ésta debe tener sus límites. Los excesos son perjudiciales y pueden inferir grave daño, por eso es necesario determinar la extensión de la misma.

Como las demás libertades tiene por límite el derecho de los demás, el orden público y las buenas costumbres. Estas fórmulas son fáciles de expresar pero difíciles de concretar y de hacerlas prácticas.

Se ha planteado por ejemplo el problema de restringir la propaganda contra las bases del orden social y político establecido y en este difícil terreno las soluciones son muy discutidas [35].

Indiscutiblemente que si los excesos de esta libertad son terriblemente perjudiciales, su restricción es peligrosa.

Por eso lo esencial en la materia es establecer la responsabilidad del que emite su pensamiento y sancionar el abuso, sin restricciones previas. Debemos tener clara conciencia de la enorme responsabilidad que significa el ejercicio de la libre expresión del pensamiento. Esa responsabilidad es mayor cuanto más se difunde la opinión; por eso la reglamentación de ella se orienta principalmente a la libre expresión de pensamiento por prensa, radio, etc.

Los autores señalan que en las constituciones y en la legislación moderna existe una tendencia a restringir la excesiva libertad que en

---

(35) Hay quienes en defensa de la inmutabilidad del orden social sostienen que debe prohibirse la propaganda de cualquier especie de ideas contrarias a las bases en que se asienta aquel que exista en un determinado momento de la sociedad, por ser éste el querido por la mayoría. Otros en cambio sostienen que solamente debe limitarse la libertad de opinión cuando ella signifique cambiar por medios violentos el régimen social establecido. Nuestras Constituciones desde 1934 contienen un artículo que dice "que la ciudadanía se suspende por formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad" (art. 79, inc. 7°).

materia de libertad de expresión se había alcanzado y a determinar exactamente la responsabilidad por los abusos [36].

Prensa

Todo lo expresado para la libre expresión del pensamiento, vale cuando se utiliza la prensa, pero en este caso con mayor intensidad. Aquí la libertad es más importante, si cabe y también el abuso es más peligroso.

Mucho se ha escrito acerca de la trascendencia de la libertad de expresión por medio de la prensa, destacándose la importancia de este derecho que siempre se ha considerado como esencial para el Estado; para su buen gobierno, hasta el punto de llamarse a la prensa el "cuarto poder del Estado". Es que, en efecto, a través de la prensa se ilustra y orienta a la opinión pública que es la base de todo gobierno, especialmente el democrático. La prensa es entonces un rodaje del mecanismo del Estado tan esencial a la vida de éste como los demás.

Pero como dice un autor, la prensa es la que prepara a la opinión pública, pero puede prepararla bien o mal, por lo cual debe ser controlada.

En nuestro país, en época de la última guerra mundial se dictó la ley de asociaciones ilícitas, de 18 de junio de 1940, la cual, conjuntamente con su reglamentación de 28 de enero de 1942, tendiendo a establecer un mayor contralor de la seguridad política del Estado, restringen en ciertos casos la libre expresión del pensamiento y en ese sentido violan la Constitución. La ley de contralor de medicamentos -1.015- plantea el nuevo problema de si el legislador puede establecer el contralor de otras expresiones en las cuales no está en juego el orden social. Aquí en defensa de la salud de la población se establece la censura previa de la propaganda de medicamentos.

Es indudable que cabe distinguir, en lo que se refiere a la propaganda contra el régimen democrático entre la incitación a la violencia inmediata y la simple justificación del empleo de la fuerza en ciertas condiciones hipotéticas y en un momento indefinido del futuro. (Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, *Introducción al Derecho*, pág. 284).

La Democracia no puede, salvo que niegue su fundamento esencial y olvide que se basa en la existencia de verdades relativas en política, coartar la libre emisión del pensamiento, aunque éste se use contra el sistema de gobierno. Por eso las mencionadas normas -como la ley de asociaciones ilícitas- son peligrosas, aunque no hayan sido utilizadas en nuestro Derecho para coartar la libertad de expresión.

Desde luego que la Democracia, como todo régimen que no puede negarse a sí mismo y buscar su destrucción, puede exigir que no se conspire contra él, que no se incite al uso de la violencia para destruir el régimen constituido.

(36) Conforme VIDAL VERGARA, *Los derechos individuales en las Constituciones modernas*, Chile, 1936, pág. 125.

En efecto, si recalcamos la importancia de la libertad, debemos también señalar la trascendencia de este medio de expresión del pensamiento cuando es mal usado. Un error, una calumnia, una propaganda perniciosa por medio de la prensa, es mucho más peligrosa que de otra manera. La deformación de las informaciones cuando se realiza por el único medio de conocimiento que puede tener el pueblo, es capaz de orientar falsamente a la opinión.

La reglamentación de la libertad de prensa, a los efectos de establecer un sistema de responsabilidad, está establecido en todos los países, sobre el principio, de los regímenes democráticos, de la no censura previa [37].

En nuestro país el artículo constitucional (art. 29) establece la libertad de "la comunicación de los pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación sin necesidad de previa censura, quedando responsable el autor, y en su caso el impresor o el emisor con arreglo a la ley por los abusos que cometieren"; es decir, la libertad (no censura previa) y la responsabilidad.

La ley de imprenta de 28 de junio de 1935, reglamenta diversos aspectos de la expresión del pensamiento por la prensa y la Ley de Seguridad Nacional de 12 de julio de 1972 aumenta las penas en los delitos de imprenta. Una nueva ley de 1984 sustituye a ambas [38], es la ley Nº 15.672.

La ley en primer lugar establece las formalidades previas, exigiendo que toda publicación tenga un redactor responsable cuyo nombre y domicilio figure en ella; que ese redactor responsable tengan ciertas condiciones [39], que se envíe al Ministerio de Cultura dentro de las 24 horas de publicado

---

(37) Puede admitirse hoy esa afirmación aunque desde hace poco tiempo. Si hacemos una incursión en la historia de la libertad de prensa debemos reconocer que la censura previa ha sido continua a través de casi toda la historia hasta el punto que Chateaubriand pudo decir que la libertad de prensa había existido sólo durante 12 años en 14 siglos de Historia. El propio Rousseau -cuyo párrafo, dice Duguit, no deben haber leído quienes dicen que la doctrina individualista y liberal tiene su origen en el Contrato Social- decía que "sin poder obligar a nadie a creer en sus principios el Estado puede desterrarlo no como impío sino como persona "no social", incapaz de amar sinceramente las leyes, la justicia y sacrificar su vida a su deber..."

(38) Esta ley establece un proceso oral y público.

(39) Se exigen: 21 años de edad y no hallarse en ninguno de los casos que determinan la suspensión de la ciudadanía, según la Constitución; integrar realmente la redacción del periódico o la gerencia del diario; no gozar de fueros o inmunidades (art. 5º). También la ley establece la responsabilidad de ese redactor responsable en caso de que cuando se le intime a decir quién es el autor no lo haga (art. 23). Es decir que se le concede al redactor el derecho de ocultar el autor, pero en este caso él será responsable.

un ejemplar o impreso firmado por el redactor o gerente, etc.; condiciones todas que se necesitan para cuando haya que hacer efectiva la responsabilidad.

La ley de 1934 introdujo también una modificación fundamental a nuestro régimen de Derecho positivo, estableciendo el derecho de respuesta que consiste en la facultad que tiene la persona aludida en una comunicación de solicitar la publicación de las respuestas a los artículos que se refieren a ellos y se hubiesen insertado en alguna publicación periódica. Se reglamenta minuciosamente este derecho obligando a los periódicos a la publicación en el mismo lugar y con los mismos caracteres con que apareció el artículo original, y estableciendo la intervención del Juez para obligar la publicación si el Director del periódico se negara y para juzgar si no hay exceso en la respuesta (insultos, atentado a su vez contra el honor del Director o el autor del artículo, etc.). Este derecho de respuesta ha sido objeto de amplia discusión [40] a partir de 1935 y se ha reinsertado en la ley 15.672, previa la garantía del juicio oral y público establecido como innovación.

Radio y televisión

En principio, el régimen de libertad de expresión del pensamiento, debe manifestarse, igualmente, cuando se emite la opinión por medio de la radiodifusión o televisión.

En esta materia diversas convenciones internacionales han establecido la libertad de emisión y la de recepción. En la libertad de emisión se

(40) A pesar de la controversia a que ha dado objeto este derecho en nuestro país y a su ataque por la propia prensa, considero una conquista fundamental en defensa de los particulares, quienes están frente a la prensa, en situación de inferioridad. Piénsese que hoy, sólo una empresa poderosa puede tener un periódico y el particular está en situación desigual.

La doctrina ha justificado este Derecho. DUGUIT, por ejemplo, dice: "Una garantía esencial que debe pertenecer a toda persona nombrada o designada en un diario... es éste... En efecto, a menudo para restablecer la verdad y determinar la injusticia de una imputación no es necesario recurrir al expediente, siempre peligroso, de la vía judicial; es suficiente responder netamente al diario y restablecer los hechos. De ahí el derecho de respuesta, que es una indispensable y seria salvaguardia contra las indiscreciones o imputaciones mentirosas de la prensa". (*Traité de Droit constitutionnel*, t. V, pág. 43).

Nuestra Corte de Justicia alguna vez declaró inconstitucional esta facultad, no por limitar la expresión del pensamiento, sino por faltar las garantías del proceso, pues sin oír al diario se le condena.

La ley 15.672, en cambio, regula este derecho, que el Juez reconoce previa audiencia del responsable de la comunicación.

comprende la posibilidad de transmitir utilizando las ondas hertzianas [41] y la de expresar libremente el pensamiento por este medio.

La ley también establece algunos delitos especiales ("divulgación de noticias falsas o desvirtuar las verdades tendenciosamente, alteración del orden, desprecio contra el Estado, el Escudo, la Bandera, ultraje a las buenas costumbres o al pudor, apología de los delincuentes") y determina la forma de sanción de estos delitos y el procedimiento que debe seguirse.

Como ya dijimos, los delitos de difamación e injuria se consideran agravados cuando se cometen por esta forma de divulgación.

Sin embargo, nuestra legislación en materia de radiodifusión -que es anacrónica puesto que corresponde a una época en que la radio era diversión de aficionados- establece una serie de restricciones y sanciones que limitan la libre expresión del pensamiento.

La ley del 28 de junio de 1928 y en forma peor el reglamento de junio de 1929, imponen condiciones restrictivas. Establecen preferencias -relativas a ondas, horarios, etc.- para las estaciones del Estado; establecen un severo contralor por la Dirección de Comunicaciones -que depende del Ministerio de Defensa Nacional- que tiene facultades de suspensión, diciéndose en esa ley que "el Gobierno, por razones de interés público y mediante resolución motivada, podrá suspender durante un plazo determinado las trasmisiones de cualquier estación" (art. 7º). A esta grave disposición que da un mandato en blanco para suspender, sin límite de tiempo, debe agregarse la ley de asociaciones ilícitas, que explicada por sus objetivos y por el momento en que fue dictada, establece también una

(41) Alguna vez se ha sostenido que el éter es libre y que por lo tanto el Estado no tendría derecho a controlar la libre emisión. Sin embargo la reglamentación, inclusive la internacional es imprescindible, porque el exceso de estaciones y las interferencias anularían la emisión porque los canales no son ilimitados y una onda puede ahogar a otra.

Por esa razón los convenios internacionales han establecido el derecho de los países a utilizar determinados canales. (Generalmente se reprocha al Uruguay, porque al no usar las ondas que le fueron conferidas en esos acuerdos ha perdido sus derechos).

No cabe duda, pues, que el Estado debe tener cierto derecho de reglamentar el uso del éter, pero ello no justifica el régimen de nuestro país por el cual se conceden permisos en la vía administrativa y esencialmente revocables. Este sistema tiene carencia de garantías y es necesario completarlo y perfeccionarlo.

El tema se plantea hoy en términos más cruciales respecto de la televisión. Si la técnica ya permite tomar canales de otros países (antenas parabólicas), los satélites proyectar imágenes a cualquier lugar, es de imaginarse las complejas cuestiones que se crean y la necesidad de acuerdos internacionales.

disposición que dice: "no podrán las radios ni la prensa -nacional o extranjera que circule en el país- propalar ninguna propaganda que agravie a mandatarios o países con los cuales mantenga relaciones el nuestro o que incite a desórdenes o tumultos políticos o a vías de hechos contra personas o cosas, con motivo de la actual conflagración...". Comprobada la notoriedad de una propaganda de esa naturaleza, el Poder Ejecutivo... podrá suspender la estación de radio o el diario... por uno a quince días... Esta resolución será apelable ante el Consejo de Ministros..." (art. 9°, Ley de 18 de junio de 1940)-

Aunque estas disposiciones no han sido usadas por nuestros gobiernos, salvo en la época de la dictadura, debe señalarse que aparecen -sobre todo en cuanto facultan al Poder Ejecutivo sin intervención del Poder Judicial, a suspender -como contrarias al libre desarrollo de la emisión del pensamiento por medio de la radiodifusión, que es hoy, como la prensa, uno de los más eficaces medios de orientar a la opinión pública y de controlar la dirección de la cosa pública por los gobernantes, lo que contraría la regla constitucional de libertad de emisión del pensamiento por cualquier medio.

Esta opinión no descarta, naturalmente, la necesidad de que se reglamente la emisión del pensamiento, por la prensa y la radio y se establezca un adecuado sistema para hacer efectiva la responsabilidad de quienes disponen de estos poderosísimos medios de información y de orientación a la opinión de la población.

Los mismos conceptos expresados para la radio valen para la televisión, aun cuando ésta no ha sido legislada expresamente aún en nuestro Derecho.

Teatro y cine

El teatro, desde la antigüedad y el cine modernamente, son también medios de expresar el pensamiento, cuya particular forma de acción los convierte en poderosos medios de influencia en el espectador.

En nuestro país, a pesar de la disposición constitucional existe un régimen de censura previa para las obras de teatro y películas cinematográficas creado por disposiciones municipales.

Según dicho régimen, los organismos municipales pueden controlar previamente, no sólo las condiciones de las salas de espectáculos sino también las obras, prohibiendo su realización, cuando afectan las buenas costumbres [42].

(42) La apertura de salas de cine y teatros está sometida a una copiosa legislación municipal (condiciones de higiene, de ventilación, prevención contra el fuego, salidas reglamentarias, materiales, etc.).

Pero lo esencial, desde nuestro punto de vista, es señalar que el Digesto municipal establece para el teatro y el cine el procedimiento de la previa censura.

Es indudable que la moral pública justifica algunas restricciones -como por ejemplo la concurrencia de menores a espectáculos, etc.- pero éstas deben llegar hasta donde no afecten la libre expresión del pensamiento [43].

Libertad de cultos

La libertad de cultos es un aspecto de la libertad religiosa. Esta abarca un concepto más amplio en el que se comprenden otras libertades como la de conciencia, la de asociación, etc.

La libertad religiosa tiene una gran trascendencia que deriva de la importancia misma de la religión en la vida social. Los autores destacan particularmente el papel preponderante que ha desempeñado este factor en la formación de los primeros grupos sociales en los albores de la humanidad.

La conquista de la libertad religiosa en su amplia concepción ha sido una de las que más ha costado al hombre. Las luchas religiosas, las guerras, las persecuciones, la inquisición, demuestran acabadamente que en esta materia, más que en ninguna otra, los hombres se apasionan y quieren imponer sus ideas por la fuerza. El creyente especialmente, considera poseer la verdad absoluta y a veces, por ello, se convierte en intolerante.

La declaración de derechos de 1789 decía que los hombres deben ser libres en sus opiniones aun en materia de religión ("même religieux"), como resabio de una época en que se perseguía por todas las opiniones pero especialmente por la religiosa.

Por ejemplo, la Inspección de Espectáculos Públicos "puede" hacer "suprimir" de cualquier obra los cantos, estrofas, chistes o escenas mímicas que a su juicio se caractericen por la obscenidad" (Digesto Municipal 1465 y 1472).

Y luego además de la obligación de anunciar las obras de "género alegre" con franja verde y la mención de inconveniente para menores, señoras y señoritas (arts. 1592 y 1613) establece, expresamente para el cine, la prohibición de exponer al público las vistas que las autoridades prohiban por ser ofensivas a la moral y las buenas costumbres o porque por su naturaleza puedan causar repugnancia o espanto (art. 1617).

Además se establece una reglamentación en favor de los menores, creándose una comisión de Protección a la Infancia encargada de aprobar las películas aptas para menores de 5 a 16 años (Ordenanza Municipal de conformidad con los artículos 99 y 106 del Código del Niño).

(43) El punto es de difícil dilucidación. Desde muy antiguo se comprendió la enorme importancia que tenía el teatro por la influencia de la magia del decorado y lo mismo cabe decir hoy del cine. Los dictadores siempre controlaron estos medios: Napoleón, que admiraba al "Tartufo", decía que si él hubiera sido Luis XIV hubiera prohibido darlo.

La libertad religiosa consiste en la facultad que se reconoce al individuo de tener y practicar una religión o de no tener ninguna.

En toda religión hay dos aspectos fundamentales: la creencia y el culto. La primera, la fe, es una manifestación interna que como el pensamiento es incoercible, no está sometida a la acción del Derecho.

Pero además de la creencia toda religión tiene un elemento objetivo y propio de cada una, que implica un conjunto de dogmas o verdades reveladas por la Divinidad de donde derivan los ritos y ceremonias con que se le rinde homenaje. Esto es lo que se denomina el culto.

Este sí, como trasciende al exterior (pudiendo ser público o privado), cae bajo el imperio del Derecho. La libertad religosa exige, principalmente, la posibilidad de poder practicar los ritos y ceremonias libremente; esto es la libertad de cultos.

Especialmente la libertad es más importante con relación al culto público, el que implica la reunión de individuos y muchas veces la asociación de los mismos. A menudo la asociación trasciende al Estado y es internacional. La libertad debe admitir estas formas de asociaciones para ejercer el derecho de religión mientras no interfiere en los derechos del Estado.

Esto conduce al problema de las *relaciones del Estado y la Iglesia.*

Este es un problema distinto al de la libertad religiosa. Consiste en saber si el Estado tiene religión oficial, está separado de la Iglesia o en forma más general, cómo son las relaciones de ambos.

El antecedente histórico de nuestros Estados es la organización de los Estados europeos, los cuales al estructurarse adoptan todos como religión oficial la dominante: la Católica. La Revolución Francesa, que salvo en algún momento fugaz admitió la libertad de creencias, nunca se desprendió del culto oficio católico y sólo muy lentamente se empezó a admitir en

---

La reglamentación se impone, pero el problema cuando se quiere establecer la censura, es naturalmente el de los censores y el criterio con el que se debe prohibir. Lógicamente que aquí entramos en el mismo terreno de todas las censuras de la libre expresión del pensamiento, el del límite entre lo falso y lo verdadero, lo nuevo y lo engañoso, la censura y la inmoralidad. Y entonces aparece la opinión contraria a la censura que dice: en esta materia lo único sensato es prohibir las prohibiciones.

VAZ FERREIRA dice: "No hay más que una sola cosa más horrible que la libertad de prensa y es la falta de libertad de prensa". Aun reconociendo el peligro que para la moral pública puede encerrar el abuso de la libertad de expresión en el cine y el teatro, nos atrevemos a repetir la frase del maestro también para estos casos.

Francia la posibilidad de otro culto oficial. En 1801 se produce un hecho importante en estas relaciones: el Concordato -tratado entre la Iglesia y el Estado- celebrado por Napoleón, en el cual, a cambio de ciertas ventajas (nombramiento de obispos por el Jefe de Estado francés, juramento de fidelidad, policía de cultos por el Estado) se reconocía el carácter de privilegio de la Iglesia Católica en Francia, aunque sin negar la posibilidad de otros cultos. Más adelante el culto israelita y protestante alcanzan en Francia la misma situación de privilegio y en 1905, cuando se separa la Iglesia del Estado, los tres eran oficiales, existiendo verdaderas limitaciones para los demás.

En nuestro país, la libertad de cultos existió siempre y fue proclamada antes de la Independencia, desde las Instrucciones del Año XIII. La Constitución de 1830 no la establece expresamente, pero siempre se respetaron todos los cultos. La prueba es que, aun cuando la religión oficial era la católica, hasta fue posible construir el Templo Inglés durante ese período. Ademas en el correr de esos años se establecieron expresamente otras libertades que implican la de culto: la de expresión de pensamiento en la Constitución (art. 41) y la de reunión en la ley de 28 de junio de 1867.

La Constitución de 1830 decía que la religión oficial del Estado era la católica apostólica romana. En 1917 se produce la separación de la Iglesia del Estado y se establece en la Constitución la libertad de cultos en forma expresa, reconociéndose a la Iglesia Católica la propiedad de los templos construidos.

En las constituciones posteriores se mantiene dicho artículo.

El artículo 21 del Código Civil, entre las personas jurídicas existentes sin necesidad de reconocimiento administrativo establece la Iglesia.

Desde el punto de vista teórico se han discutido las ventajas e inconvenientes en una u otra forma de las relaciones entre la Iglesia y el Estado [44].

El problema radica en la concepción que se tenga del fin religioso, si éste debe ser encarado o no por el Estado como organización política de la sociedad; es decir, si el Estado debe realizar entre sus fines el de la religión [45].

---

(44) La forma de relación entre la Iglesia y el Estado admite otras varieades además de las posiciones extremas de unión y separación. Se puede dar el caso mencionado de Francia hasta 1905 de varias religiones oficiales.

Además hay muchos matices en la unión de la Iglesia y el Estado. Este sistema ha conducido a veces a la sumisión de uno de los órdenes y otras veces se ha regulado mediante el sistema de concordatos tratándose de igual a igual.

(45) Los argumentos en favor de uno y otro sistema son diversos. En pro de la unión de la Iglesia y el Estado los partidarios del sistema expresan que la

En nuestro país la unión entre la Iglesia y el Estado provocó conflictos por la interferencia de autoridades; fue inconveniente para el Estado por el sometimiento de una religión única en un país y fue inconveniente para la Iglesia por las facultades que se otorgaban al Jefe de Estado de "ejercer el patronato y conceder el paso a las bulas pontificias según las leyes del Estado".

La actual solución es aceptada pacíficamente como la mejor en el momento presente.

Libertad de enseñanza

Concepto e importancia. Diversos aspectos

La libertad de enseñanza contiene dos aspectos: la libertad de enseñar y la de aprender. El primero se refiere al problema de saber si todo individuo tiene el derecho de enseñar cualquier clase de conocimientos sin limitación; el segundo se refiere a la posibilidad de elegir la clase de enseñanza que desee el alumno o, más comúnmente, los padres del educando.

La libertad de enseñar es un aspecto de la libertad de expresar el pensamiento, de trasmitir un conocimiento, una opinión. Su limitación puede comportar un cercenamiento a la libre difusión de las opiniones y una valla al progreso de la humanidad.

Pero la libertad de enseñanza tiene todavía una importancia especial sobre la de expresar el pensamiento, en virtud de la enorme influencia que ejerce el maestro sobre los alumnos. No debe olvidarse que la primera enseñanza deja una honda huella en el niño, por ser ésa la edad en que en la memoria quedan fijadas en forma más firme las impresiones, la de la imaginación y sobre todo la de la imitación.

La libertad de aprender tiene como límites, en la concepción actual de los derechos individuales, el deber de recibir enseñanza. Los adultos

---

religión es la base fundamental de la vida social y la máxima organización social -el Estado- la debe colocar entre sus fines primordiales. Pio X con motivo de la separación de la Iglesia del Estado en Francia, en 1905, decía en una Encíclica, que se trata de un sistema injurioso para Dios porque significa entender que ningún culto le es debido por el Estado.

A favor del sistema de separación, se ha mencionado la injusticia de la protección de una sola religión para los que creen en otra o no creen en ninguna. La propia Iglesia ha palpado los inconvenientes de este sistema en el cual ella forma parte del Estado y éste la controla (controla los nombramientos, resoluciones, etc.). Por último se señala que este fin no entra entre los que debe cumplir el Estado, porque debe quedar librado a cada uno en su más íntimo reducto o a las organizaciones que dentro de la sociedad hacen los hombres para practicar y difundir el culto. Es el mejor sistema y el más compatible con la libertad religiosa.

pueden seleccionar los maestros, pero no existe el derecho de aprender o no aprender. La moderna organización social exige un mínimo de cultura obligatoria y como correlato de ella, el Estado está obligado a proporcionar los medios para que todos puedan tener esa instrucción indispensable.

Libertad o monopolio

Un problema fundamental sobre el que mucho se ha discutido, es la posibilidad de que el Estado monopolice la enseñanza. Muchas veces en la historia se ha reivindicado el derecho para el Estado de impartir enseñanza en forma exclusiva, como medio de controlarla, de dirigirla, por ser una de las maneras más importantes para lograr sus fines.

En favor de esta opinión se ha dicho en primer lugar, que la libertad de enseñar no es un derecho natural ni una facultad esencial del ciudadano; no entra en la categoría de derechos indispensables para el carácter democrático del gobierno, se concibe este régimen con enseñanza monopolizada por el Estado.

Se ha dicho, además, que es el único modo de controlar la calidad de la enseñanza. En el régimen libre se produce la competencia -que aunque algunos consideran buena como lo es en la economía, etc.- es muy perjudicial en esta materia porque disminuye la jerarquía de la enseñanza. Por el monopolio el Estado puede difundir las ideas básicas del régimen mayoritario.

En contra del monopolio se ha reivindicado el derecho de enseñar como una manifestación del Derecho natural de trasmitir los pensamientos. Se ha defendido también el derecho de los padres sobre la educación de los hijos (al cual los monopolios superponen el de la sociedad que no niega el de los padres, pero está por encima del de ellos) y sobre todo se ha dicho que el Estado no puede tener la verdad ni obligar a todos a aprender las doctrinas que considere mejores. Creemos que el régimen democrático, reclama esta libertad, complemento de las demás, esencial al libre examen y evolución de las ideas.

Naturalmente que aun cuando se considere que el Estado no debe monopolizarla, debe admitirse la necesidad de que el Estado imparta enseñanza de modo de permitir a todos educarse. En este sentido hay que recalcar la importancia esencial que para un régimen democrático tiene la educación. A nuestro juicio es la base del mismo. La cultura, la difusión de la enseñanza es más necesaria que en ningún otro régimen porque como en la Democracia todos deben participar en el gobierno, todos deben tener aptitud para esa función. La ignorancia -junto con la miseria- es el factor fundamental contra el sistema todo; lo que se haga en favor de la cultura, primero en extensión y luego en intensidad y calidad, se habrá hecho en favor de la Democracia.

Luego, si en cualquier forma el Estado debe educar -aunque no

monopolice la enseñanza- igual se planteará el problema de cómo ha de ser esta enseñanza, también arduo y complejo problema.

La enseñanza del Estado debe ser neutral, es decir, darle al alumno la posibilidad de conocer todos los problemas y crear en él la aptitud para desenvolverse cualesquiera sean las circunstancias, sin que ello signifique que se trata de una enseñanza que carece de orientación y de principios porque si no, no sería enseñanza.

Ni el Estado y menos el maestro pueden despojarse de ciertas convicciones, ideas y sentimientos; ni la enseñanza puede estar vacía de orientación moral y política, pero la neutralidad, en el buen sentido de la palabra, significa libertad para el alumno, significa que no debe torcerse su inclinación, ni deformarse su mente. El más tremendo crimen que un educador puede cometer es delimitar el panorama del alumno enseñándole para una sola posibilidad de vida; la creación de aptitudes en toda su amplitud es la verdadera meta. El más grave peligro de un régimen totalitario consiste en la deformación de la mente juvenil, encerrándola en un pequeño marco de "verdades interesadas". La fórmula práctica es muy difícil, pero no la podemos considerar imposible, si lo admitiéramos así negaríamos toda posibilidad de enseñanza por el Estado, que esto sí, es la base de la Democracia [46].

La enseñanza en nuestro régimen

Nuestra Constitución garantiza la libertad de enseñar y la de aprender. El artículo 68 dice:

"Queda garantida la libertad de enseñanza. La ley reglamentará la intervención del Estado al solo efecto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos...".

Es decir que en nuestro país en forma clara y amplia se establece que todos pueden enseñar en forma libre. No se establece siquiera el contralor de idoneidad técnica del que imparte enseñanza [47]. El único contralor que se podrá hacer -y por intermedio de la ley- es a efectos de mantener "la higiene, etc.".

Con respecto a la libertad de aprender, el artículo mencionado dice que "Todo padre o tutor tiene derecho a elegir para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee". Y el artículo 70 dice: "Son obligatorias la enseñanza media, agraria o industrial...".

(46) Es tarea harto compleja indicar cuál es el sentido de la neutralidad y cuál es la fórmula para lograrla.

Un autor francés -G. LANSON- expresaba que naturalmente ello no significa que el Estado "pretenda que sus escuelas hagan hombres neutros en cuestiones morales o sociales... Es imprescindible -por el contrario- que la escuela cree y trasmita un cierto espíritu moral y social". "Y ¿cuál sería? A falta de una imposible unidad el espíritu de la enseñanza nacional -decía- será el de la más gran mayoría de los franceses de hoy. Por ser la más durable posible... deberá reducirse a los artículos más generales y esenciales...". "En la moral privada la escuela debe enseñar la dignidad personal, la sinceridad, la fidelidad a la palabra, la probidad, la disciplina, el respeto de los institutos, el dominio de sí mismo, la humanidad, la asistencia mutua", etc. Y en lo social "hay sentimientos fundamentales que son los lazos de toda sociedad civilizada: el amor a la patria, respeto a la ley, la renuncia a los medios de violencia, voluntad de no emplear otras vías que las legales ni aun por las causas más justas, sacrificio por la colectividad y por los fines sociales...". Y en cuanto a los sentimientos necesarios para un ciudadano democrático entre otros cita: "amor y respeto a los derechos del hombre, a la libertad e igualdad, tolerancia religiosa, filosófica y social, respeto del sufragio universal y la base del gobierno republicano...". (*En Neutralité et monopole de l'enseignement*, BOSCH, BLUM, LANSON y otros, París, Alcan, 1912, págs. 156 a 159).

El mismo autor señala qué distinta de la neutralidad del Estado es la neutralidad del personal del mismo. El Estado no tiene doctrina, pero los educadores sí. "Ni el Estado ni las familias pueden pedirles a éstos dejar de ser un hombre que siente, piensa y cree de cierta dmanera... ¿Qué es lo que puede exigirles? En una palabra: la lealtad... El maestro no debe pensar en enseñar sino lo que de acuerdo con su función está encargado de trasmitir... debe ser sincero, exponer con espíritu crítico todas las posiciones... tendrá especial cuidado en no crear conflictos entre el alma del discípulo y el maestro... considerará como un deber contribuir a aumentar la armonía social de su país y no la división... su exposición será siempre objetiva sin dejar traslucir sus opiniones o sentimientos salvo en aquellos casos en los cuales el acento de convicción es inseparable de la exposición de los hechos..." (*ob. cit.*, pág. 162).

Esta transcripción -con algunas de cuyas directivas puede discreparse- demuestra, a nuestro juicio, una cosa: que no es imposible dentro de los límites humanos de la neutralidad impartir una enseñanza que no merezca el calificativo de tendenciosa o de neutra, sin valor, sin sustancia, sin moral. Compredemos que se trata de una obra de gran aliento, que la responsabilidad personal del maestro es harto pesada, pero la trascendencia de la tarea vale cualquier sacrificio.

(47) En la Constituyente de 1934 se propuso que se permitiera a los padres elegir los maestros... (como dice el artículo) pero a condición de que fueran "diplomados". La enmienda no prosperó. Es indudable que ese contralor de capacidad de los maestros puede convertirse -como lo sostuvo ESPALTER oponiéndose a la enmienda- en una intervención del Estado en las instituciones privadas contraria a la libertad de enseñanza, pero con el desarrollo de la enseñanza privada en nuestro país, debe irse pensando en imponer ciertas condiciones mínimas para el que enseña.

Caracteres de la enseñanza en nuestro país

A este régimen de libertad se debe agregar en nuestro país que la propia enseñanza que imparte el Estado está organizada en forma autónoma, de modo que la actividad docente queda fuera del contralor de los órganos estrictamente políticos [48].

La enseñanza en nuestro país tiene varios caracteres.

Es *gratuita*. La Constitución declara de utilidad su gratuidad en toda la extensión (artículo 71). Es un principio fundamental de nuestro régimen, base de la organización democrática de nuestro país. Algún autor dice que esa gratuidad es inconveniente en la enseñanza superior porque da por resultado la formación de profesionales sin vocación (Vidal Vergara), argumento desdeñable, porque para eso el remedio es orientar la vocación. En la Constituyente de 1934 se levantaron algunas voces contra la total gratuidad. Felizmente no tuvieron eco.

Es *obligatoria*. Desde 1934 se estableció constitucionalmente la obligatoriedad de la enseñanza primaria. Es indiscutible que en este caso debe recalcarse que al deber individual deben corresponder las obligaciones del Estado. No basta la gratuidad, hay que crear la posibilidad en todos los ambientes y especialmente en el rural, de que todos los niños puedan ir a la Escuela. En la Constitución de 1967 se incorpora la obligatoriedad de las enseñanzas media y agraria o industrial.

Es *libre* aunque el Estado monopoliza la expedición de títulos que habilitan a ejercer profesiones. Hay un proyecto de ley al respecto del Ministerio de Educación, en parte cuestionado por la Universidad, desde que se ha admitido, en Uruguay, una Universidad Católica y otros institutos de nivel terciario.

---

(48) Uno de los principios que más ha defendido la Universidad es precisamente la autonomía, especialmente la de integración de sus órganos y la docente propiamente dicha.

La Constitución de 1952 ha establecido la autonomía constitucional -antes sólo estaba consagrada por la ley- en la integración del Consejo Central, diciendo que los organismos que la integran serán designados por los "órganos que la integran", es decir, emanados de la propia Universidad (como profesores, profesionales y alumnos), (Artículo 204). Luego la Ley Orgánica de 1958, la consolida.

(49) Siempre ha dado lugar a gran debate este problema. En contra del laicismo se ha dicho que él no significa neutralidad porque ésta no existe. Actualmente el catolicismo -con la palabra oficial del Papa- ha defendido la repartición proporcional de la enseñanza o sea la división de los impuestos entre los institutos laicos y católicos, defendiendo el principio de que no es justo que los padres católicos paguen impuestos para que sus hijos sean enseñados en principios contrarios a la religión.

Es *laica*. Es decir, que en materia religiosa es neutral. La enseñanza que imparte el Estado no toma posición en materia religiosa, considerándose que la orientación en esa materia corresponde a la familia [49].

Además, dice la Constitución, que en los institutos docentes debe perseguirse la "formación del *carácter moral* y cívico de los alumnos".

Esta cultura cívica, de conformidad a los principios rectores de nuestro régimen republicano democrático y la formación moral están dentro de las líneas generales que una enseñanza neutral -pero no carente de principios- debe cumplir para lograr sus fines.

Derecho de reunión y asociación

Concepto

Nuestra Constitución reconoce ambos derechos, en los artículos 38 y 39. En realidad se trata de dos libertades distintas, aunque tienen de

---

La opinión contraria destaca en primer lugar que esta posición de la Iglesia es sostenida ahora, pero la meta definitiva es la enseñanza religiosa. (En diversas encíclicas, por ejemplo la "Quanta cura" de Pío IX el 8 de diciembre de 1864, o en la "Libertas" de León XIII el 20 de junio de 1888 se sostiene que la única enseñanza es la religiosa, pues, como dice León XIII "la única enseñanza no puede ser sino de verdades tanto para los que ignoran como para los que ya saben"). La repartición proporcional, siendo solamente una etapa, sus fundamentos carecen de base. En los países donde predomina la Iglesia Católica, la enseñanza de dicha religión se impone obligatoriamente en todos los institutos. Así en España, de conformidad con la ley de 26 de febrero de 1953, la enseñanza religiosa es obligatoria en todos los establecimientos y "se ajustará a las normas del dogma y la moral católica" (artículo 2º). Se reconocen "los derechos docentes de la Iglesia" (artículo 4º) y a inspeccionar "todo lo concerniente a la enseñanza de la religión, a la ortodoxia de las doctrinas y a la moralidad de las costumbres" (artículo 58). Se obliga a impartir enseñanza católica a todos los institutos privados, la que debe ser "dirigida por capellán nombrado a propuesta del ordinario de la diócesis" (artículo 34).

Pero lo esencial es que el laicismo significa no la enseñanza antireligiosa, sino que en ella se prescinde del problema religioso no dándose ninguna orientación. Esta materia queda librada al fuero interno de cada uno y a la orientación familiar. De ese modo se evita influir en el alumno en un problema absolutamente íntimo. Ello no significa que la enseñanza carezca de orientación moral y espiritual, como se ha pretendido por algunos detractores de la enseñanza laica, porque sostener esto es creer que una religión -pues cada uno quiere que se imponga la suya- es la que tiene el patrimonio único de las verdades morales y espirituales. La enseñanza neutral en materia religiosa, sigue siendo, a nuestro juicio el ideal, naturalmente que en esta materia, como en todas las demás en que se habla de neutralidad, también debe reclamarse la lealtad de los profesores para que su enseñanza no sea tendenciosa.

semejante que el ejercicio de ambas supone la existencia de un grupo de personas que se reúnen en forma permanente o transitoria.

La diferencia radica en que el derecho de reunión consiste en la posibilidad de agruparse varias personas con el fin de oír la exposición de ideas o defender determinados intereses o principios. Este derecho comprende también, el de manifestar públicamente determinadas opiniones por un conjunto de individuos, inclusive comprende la posibilidad de una reunión que se desplaza o traslada (lo que se llama corrientemente manifestación).

El derecho de asociación, en cambio, supone una mayor permanencia, encierra un elemento de temporalidad, que la reunión no contiene, pues supone un simple agrupamiento transitorio. El derecho de asociarse se vincula esencialmente a la finalidad que persigue la asociación que se crea y supone, en la generalidad de los casos, la aparición de una nueva persona jurídica (colectiva), que actúa en el campo del Derecho. También se ha dicho, con razón, que la reunión se refiere a un elemento material (agrupamiento) y la asociación a uno espiritual -o jurídico- de carácter inmaterial.

Derecho de reunión

Historia

El derecho de reunión ha sido reconocido desde que se acordaron los derechos individuales y en forma mucho menos limitada que la asociación, la cual como veremos, ha sido más combatida.

En Inglaterra, el derecho de reunión se vincula a la época más remota de ese país. A partir de la Carta Magna, aunque este documento no contenía ninguna norma sobre él, empieza la práctica de los Tribunales ingleses reconociendo que todo individuo tiene derecho a reunirse libremente en el lugar que desee. La tradición inglesa es muy amplia con respecto al derecho de reunión e Inglaterra es uno de los países más típicos por la realización de innumerables reuniones de toda índole. Desde luego, que como con respecto a todos los derechos y en todos los países, la reunión debe tener finalidad lícita, es decir, no contraria al orden público ni suponer la realización de actos materiales de violencia física o que limiten el derecho de los demás.

En Francia se establece el derecho en la Constitución de 1791 (no aparece en la declaración de 1789), con la redacción que luego pasa a nuestros textos constitucionales: "en forma pacífica y sin armas". La circunstancia de tener gran vinculación este derecho con el de asociación, que fue muy mal visto por los revolucionarios franceses y la aparición de clubes políticos revolucionarios que actuaron, muchas veces, fuera de la legalidad, hace que este derecho de reunión apareciera con ciertas limitaciones en el régimen francés.

A pesar de todo y desde que nuestra América se independizó, se afirmó este derecho y así aparece reconocido desde nuestra Independencia.

Nuestro régimen

En el Uruguay, en la Constitución de 1830, no se dice absolutamente nada de este derecho, quizá por la influencia de las ideas políticas de origen francés y quizás también porque nuestra primer Constitución hace una enumeración muy breve de los derechos individuales. Sin embargo, este derecho fue siempre reconocido como una manifestación más de la libre expresión del pensamiento y el derecho de libertad al traslado de la persona física de modo que prácticamente nunca fue limitado por nuestra legislación.

Bajo el imperio de la Constitución de 1830, se sanciona en 1879, una ley que regula el derecho de reunión partiendo de su reconocimiento más pleno. Esa ley aún vigente distingue las reuniones que se realizan en lugares privados, las cuales son absolutamente libres y las que se realizan en lugares públicos o abiertos. La ley establece que para realizar una reunión durante el día no se exige ningún requisito previo, sino la simple comunicación a la autoridad para que conozca que se va a realizar la reunión y pueda cumplir la función de vigilancia o cuidado del orden. Cuando la reunión se realiza durante la noche la ley establece la exigencia de autorización previa de la policía, pero en defensa de la libertad esta autorización sólo puede ser negada por razones de higiene, de salud o de adopción de medidas prontas de seguridad.

La Constitución actual establece el derecho de reunión y dice que no podrá ser desconocido por ninguna autoridad, sino en virtud de una ley cuando se oponga a la salud, la seguridad y el orden público (art. 38). Es decir, que la autoridad administrativa (policía), no puede limitar el derecho de reunión sino en virtud de una ley. Y el legislador no puede establecer otras restricciones que aquellas basadas en los principios mencionados por la Constitución. Toda otra ley que limitara la reunión por otras razones sería inconstitucional.

En definitiva, con esta disposición constitucional, y la ley de 1879, que todavía permanece en vigor, por no rozar la Constitución, el derecho de reunión está ampliamente reconocido en nuestro país. Cuando ésta se realiza basta, durante el día, dar aviso a la policía y, cuando la reunión es por la noche, debe solicitarse autorización, pero ésta no podrá ser denegada, sino por razones pre-determinadas en la ley, la que a su vez se basa en la Constitución.

Derecho de asociación

Historia

Es muy interesante estudiar la evolución de este derecho, y su situación

en la actualidad, porque encaramos uno de los problemas de mayor importancia en la vida contemporánea.

Ya dijimos que la Revolución Francesa prohibió la asociación como forma de repudio a los gremios y corporaciones profesionales que constreñían la libertad individual durante la Edad Media. La famosa ley de Chapelier del año 1791 prohibe la formación de todas las asociaciones profesionales [50]. Se quiso excluir toda limitación a la manifestación de la libertad individual por un lado, pero además toda etapa intermedia entre la voluntad general manifestada políticamente (a través de las Asambleas, Poder Legislativo, etc.) y las voluntades individuales de cada uno de sus miembros. Se entendió que estas agrupaciones intermedias podían desvirtuar la verdadera manifestación de voluntad individual.

Ya vimos el daño que causó a los derechos individuales esta limitación: ya vimos como el individuo aislado frente a la situación en que quedó colocado por diversas circunstancias en el siglo XIX, tuvo dificultades para actuar y para defender su libertad. El grupo, la reunión, la asociación, fue el medio indispensable por el cual los más débiles hacían oir su voz y estaban en condiciones de tratar de igual a igual con los más fuertes.

A fines de siglo existía una reacción contra aquella ley y contra el artículo 291 del Código Penal francés que penaba cualquier forma de asociación profesional. Y es así que ya en Francia en 1901 se dicta una nueva ley que reconoce el derecho de asociarse sin ninguna formalidad ni autorización del Estado. De allí en adelante el derecho de asociación fue proclamado como algo indiscutible y se llega, no sólo a permitir la agrupación de hombres y la creación de personas jurídicas colectivas, sino a alentar dicha formación. Es así que nuestra Constitución actual habla de que la ley "promoverá" la organización de sindicatos gremiales (artículo 57). La asociación es uno de los fenómenos característicos de nuestra época y ha llegado a desarrollarse de tal manera que hay quienes sin volver a lo antiguo, empiezan a recelar del abuso de este derecho.

Es que no sólo se ha tratado de promover la formación de asociaciones, sino casi de imponerlas. Es así que en nuestro país la Agrupación Universitaria del Uruguay propició un proyecto de "colegiación obligatoria" esto es, de la obligación de pertenecer a un Colegio profesional para poder ejercer cada una de las profesiones (en algunos países de Europa esta norma está impuesta).

No obstante ello, en defensa de la libertad individual, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama el principio de que "nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación" (art. 20).

---

(50) Decía LE CHAPELIER al fundar su proyecto: "No queremos más sociedades que no teniendo ningún carácter político tomen el lugar de la autoridad pública y lleguen a rivalizar con los poderes delegados del pueblo".

Queda aquí planteado uno de los más importantes problemas contemporáneos que estudiamos a continuación.

Los grupos, el individuo y el Estado

El fenómeno de los grupos, actuando en el seno de la sociedad, abarca diversos aspectos, tanto políticos, sociales, como jurídicos.

Nuestra época, es la época de los grupos, ya lo dijimos: fue la reacción contra el individualismo exagerado de la Revolución. La asociación representó el medio de defensa de los derechos conocidos y cuando la pensamos como la unión que realizan los más desamparados en la sociedad, en salvaguardia de sus más sagrados derechos, nos parece que es absolutamente indiscutible y debemos formar filas en su defensa. No obstante ello, como todos los derechos, debe tener sus limitaciones y como todos los excesos ocasiona perjuicios. Es que por más libertad individual que demos a los hombres por separado, siempre la organización colectiva (llámese Imperio, Estado, etc.) tendrá la posibilidad de reglamentar esos derechos en beneficio de la colectividad. En cambio, frente a los grupos, la situación del Estado es indefinidamente más peligrosa. Aquéllos, puesto que se reúnen alrededor de un fin común, dan origen a un poder que puede crecer y oponerse al del Estado. Este es uno de los problemas de la sociedad contemporánea. Hay quienes consideran que el exceso de poder de ciertos grupos (gremios, trusts, etc.) dificulta el ejercicio de la actividad del Estado y muchas veces rivaliza con el poder de éste, significando, este hecho, un peligro para la organización social.

Un profundo autor contemporáneo [51], señala que con respecto al *individuo* la asociación o el grupo, especialmente el sindicato gremial, tienen un extraordinario poder que limita el derecho de aquél. Y señala que el derecho del grupo (gremio, asociación profesional, etc.) no se limita al papel asignado por el orden jurídico, sino que va absorbiendo progresivamente a los individuos integrándolos en él para tener finalmente el monopolio de su representación. Explica que este proceso se desarrolla no sólo frente a los individuos que forman parte del grupo, sino aun frente a los que permanecen fuera de él. Señala que si bien la entrada al grupo es libre y aunque la dirección de éste se realice mediante procedimientos democráticos, los estatutos van ligando cada vez más al individuo a las resoluciones a veces de la mayoría y a veces de un pequeño grupo minoritario que lo dirige. Se produce una especie de mística que inclina a considerar como atentatoria a la dignidad de la entidad colectiva las actititudes independientes; se crea entonces un conformismo en el cual el hombre debe elegir entre la independencia con el riesgo de la soledad que ello implica y la docilidad con las ventajas que produce el apoyo del grupo.

---

(51) Conforme: BURDEAU, obra citada, págs. 176-179.

Que el individuo acepte o no pertenecer a una asociación o sindicato igual sufrirá la acción del grupo, pues éste ejerce su influencia a los individuos que no forman parte de él.

Señala dicho autor, Georges Burdeau, cómo los propios tribunales franceses reconocen el dominio de la acción sindical en defensa de la profesión, ejercido no sólo en nombre de los miembros, sino en nombre de todo grupo profesional. Es decir, que la asociación profesional actúa y es reconocida hasta por los órganos del Estado como representante de todos los que ejercen dicha profesión o actividad, formen parte o no del grupo o sindicato. Este es un fenómeno que se produce en los hechos y que lo vemos acaecer en nuestra vida cotidiana. Entonces se justifica que la Carta de las Naciones Unidas haya proclamado el derecho a no pertenecer a una asociación, pero también nos asalta la duda pensando si en muchos casos este derecho está defendido o no, es decir, si el hombre que no pertenece a la asociación puede sobrevivir libremente o tendrá que padecer un infortunio tan grande que en definitiva terminará por aceptar los designios de aquélla.

En definitiva, concluye este autor, que el poder de los grupos frente al individuo es de tal magnitud que éste no tiene ya la libertad de permanecer aislado. Y estudia la vida contemporánea demostrando que para desarrollar cualquier actividad (hasta para los deportes y la música) es prácticamente indispensable pertenecer a una asociación.

Con relación al *Estado aparece* también el grave problema del crecimiento del poder de los grupos que hace que ciertos autores señalen que ello produce la perversión de éstos al producier su politización. En efecto, en demanda de mejoras o ventajas para ese grupo, el gremio o la asociación profesional debe entrar en la actividad del Estado, debe actuar en la vida política del mismo, realizando acuerdos, petitorios, declaraciones o manifestaciones frente a los diversos poderes públicos. Es entonces que aparece la asociación profesional actuando con su fuerza muchas veces frente a la fuerza del Estado y a la del grupo colectivo. Este fenómeno que lo podemos ver en la vida contemporánea muy comúnmente, tiene una enorme trascendencia. Por un lado al haberle dado una fuerza insospechada a los grupos más desamparados de la sociedad, ha permitido que éstos logren sus derechos y los defiendan y de esa manera obtengan mejoras económicas y sociales que quizás por otra vía no se hubieran logrado.

Por otro lado, esta actitud tiene el inconveniente de que cada grupo actúa en defensa de sus propios intereses, despreocupándose, generalmente, del bienestar general de la colectividad. Las agrupaciones políticas con todos sus enormes defectos, buscan, en general, el bienestar colectivo; las agrupaciones profesionales o sindicales persiguen el de sus propios asociados; entonces cuando en esa lucha aparece el poder superior de un gremio o de un sindicato éste volcará la balanza en beneficio de un solo grupo de la sociedad, lo que indudablemente será perjudicial.

Nuestro Derecho

En nuestro Derecho la Constitución reconoce, como dijimos, la libertad de asociación. Esta recién fue consagrada constitucionalmente en 1934, pues nuestra Constitución de 1830, siguiendo quizá el punto de vista francés, no recogió a texto expreso tal libertad. El artículo constitucional vigente establece el derecho de asociarse ("siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley", art. 39).

¿Quiere decir que el legislador puede declarar ilícita cualquier asociación, no teniendo ningún límite? Evidentemente no; la declaración de ilicitud de una asociación no puede realizarse si va contra los demás derechos declarados y amparados por nuestra Constitución. Porque la ley que lo hiciera así sería inconstitucional. Así, por ejemplo, existe una ley de asociaciones ilícitas aprobada en nuestro país en el año 1940, que tiene un contenido evidentemente inconstitucional, aun cuando su finalidad en ese momento, por las asociaciones a las que pretendía alcanzar (fascistas, nazistas, etc.) tenía el mejor de los propósitos. Podrá declararse ilícita, por ley, una asociación creada con el fin de atacar los principios consagrados en nuestra Constitución (por ejemplo, aquellas que mediante la violencia tiendan a destruir las bases de nuestro sistema democrático republicano). Pero no podrá declararse ilícita, ni por medio de una ley, una asociación que no viole dichos principios.

Tal es la forma como debe ser interpretado el derecho de asociación consagrado por nuestra Constitución.

Con respecto a la posibilidad de obligar a alguien a asociarse, desde que hemos aprobado la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tenemos que reconocer la vigencia del artículo 20 mencionado.

Igualdad

Dijimos que la igualdad era uno de los derechos esenciales para la existencia de un régimen democrático. En efecto, no podemos admitir que existan diferencias de ninguna índole en un sistema como el que preconizamos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que no debe hacerse distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2º). Es, como se ve, una declaración amplísima de la igualdad, que se considera esencial para la organización de una sociedad internacional, como debe entenderse indispensable para la organización de un régimen nacional.

Nuestra Constitución, siguiendo la clásica forma del Derecho francés, estableció solamente el principio de "igualdad ante la ley" (art. 8º). En realidad tal disposición debe interpretarse en forma amplia, pues significa

no sólo la igualdad para todos ante la ley, sino también ante la Justicia, ante el impuesto, etc. En este sentido no existen discrepancias en nuestro medio y se entiende que tal consagración de la igualdad constitucional implica un principio que debe interpretarse en forma amplia reconociendo que tal igualdad existe en todos los aspectos. Casi podríamos decir que la fórmula contenida en la Declaración Universal de Derechos de las Naciones Unidas, puede usarse como interpretación del concepto de igualdad de nuestra Constitución. Tal es, al menos, el sentido unánime de todos los intérpretes de nuestra carta fundamental.

Derechos sociales, económicos y culturales

Ya hemos dicho que las constituciones de post-guerra (después de la primer Guerra Mundial) tuvieron, como características fundamentales, la de introducir, al lado de los derechos, los deberes y agregamos ahora establecer al lado de las libertades políticas, los derechos de carácter social y económico. En realidad la tendencia al pleno reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales es muy reciente y aparece solamente en las constituciones de mediados de nuestro siglo, como por ejemplo en la Constitución francesa de 1946. Por eso, nuestra Constitución de 1934 (la parte de derechos y deberes no fue variada fundamentalmente, ni en 1942, ni en 1952), no refleja, totalmente, la moderna tendencia. No se menciona en ninguna parte, como en la Constitución francesa, el título de derechos sociales y económicos, ni se emplea la expresión seguridad social, etc. No obstante ello, la tendencia al reconocimiento de un mínimo de bienestar económico y social, sobre todo a los más necesitados, como un deber del Estado, ya aparece en las constituciones de principios de siglo. Nuestra Constitución no escapa a esa tendencia y es así que encontramos artículos como el 54, que habla de "reconocer a quien se encuentre en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral". Es evidente que en esta enumeración aparecen, exclusivamente, derechos que hemos colocado en el rango de sociales y económicos. Se establece el principio del reconocimiento para el trabajador de esas posibilidades que, en el fondo, tratan de elevar su nivel de vida, haciendo posible una existencia digna y con todos los atributos de la que corresponde al ser humano en su plenitud.

Complementando estas disposiciones constitucionales, existen una serie de leyes, que han ido desarrollando los principios que prevé la Constitución. Es así, que desde el año 1920, se estableció por ley el descanso semanal (primero para todo conductor de automóvil o carruaje y para el servicio doméstico), extendiéndose poco a poco a todos los gremios. Posteriormente se establece la semana, de 44 horas, con lo que el descanso se extiende, en la mayor parte de las actividades, del domingo también al mediodía del sábado. Otras leyes han establecido la obligatoriedad del descanso en algunas festividades especiales (1° de enero, 1° de mayo, 18 de julio, 25 de agosto y 25 de diciembre).

Además del descanso semanal, ya desde el año 1915, por la ley de 17 de noviembre, se impuso la limitación de la jornada a las ocho horas de trabajo, estableciéndose más tarde, la semana inglesa de 44 horas a que nos referimos.

Posteriormente y siguiendo el principio de la limitación de la jornada laboral y del descanso, se estableció la obligación de las vacaciones pagas, lo que legalmente se impone en forma relativamente reciente en nuestro país. En 1933, por decreto de 27 de abril, se instituye el derecho de los empleados de comercio y de las oficinas privadas, que tengan más de un año de antigüedad, a gozar de una licencia anual de dos semanas con sueldo. Debe llamar la atención que aquí el beneficio laboral aparece primero para los empleados de comercio y luego se extiende a los obreros, cuando, en general, el proceso ha sido inverso. Posteriormente diversas leyes que culminan con la del 17 de diciembre de 1945, extienden el beneficio de vacaciones pagas a todos los empreados y obreros y más tarde se amplían los 15 días a 20.

Con referencia a la "justa remuneración" deben mencionarse las leyes que crean los Consejos de Salarios (12 de noviembre de 1943, reinstaurados en 1985), estableciendo la fijación de un salario mínimo por Consejos integrados por delegados de los patronos, de los obreros y del Poder Ejecutivo.

También caba mencionar el régimen de Asignaciones Familiares, que mejora el salario de acuerdo a la familia del trabajador.

Corresponde señalar también que nuestra Constitución establece normas referentes a la obligación de las empresas, cuyas características determinan la permanencia del personal en el establecimiento, de proporcionar la alimentación y alojamiento adecuados (art. 56). Como se ve, se trata de una consagración del derecho social de obtener alimentación y alojamiento adecuados, lo que significa, también, asegurar un nivel de vida decoroso.

Siguiendo la misma orientación dice la Constitución en el artículo 45: Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin. Resulta evidente, que a los efectos de asegurar un nivel de vida suficiente, es necesario resolver el problema de la vivienda, que es uno de los más trascendentes y fundamentales. La norma constitucional prevé la solución de este problema por medio de la ley y existe una política de viviendas, impulsada a partir de 1967 por el Plan Nacional de Viviendas, por el Banco Hipotecario del Uruguay y actualmente por el Ministerio de Vivienda. El Uruguay ha concertado con diversos organismos internacionales préstamos destinados a la construcción de viviendas. Podríamos ampliar la lista de los derechos consagrados en la Constitución y que pueden catalogarse como económicos y sociales.

Resulta indispensable destacar, como lo viéramos al estudiar estos derechos en general, que fuera de la consagración constitucional del derecho a un bienestar económico y social, es imprescindible, de acuerdo a la doctrina, reconocer la facultad del obrero de poder agremiarse para la defensa de estos derechos y ejercitar otra serie de conquistas laborales con el mismo fin. Al respecto, nuestra Constitución establece, como lo hemos visto recién, la libertad de asociación y al referirse al derecho gremial dice que acordará franquicias a los sindicatos gremiales y dictará normas para reconocerles la personería jurídica.

En el mismo artículo la Constitución establece "declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad". Es indudable que el derecho de huelga es uno de los más preciados en el campo laboral, que ha permitido salvaguardar el ejercicio de los demás derechos sindicales y gremiales. No obstante, como todos los derechos, debe tener sus límites y su reglamentación legal. En nuestro país, ha provocado grandes discusiones dicha reglamentación. Especialmente en lo que se refiere a la huelga de los funcionarios públicos. Una gran parte de la doctrina sostiene que tales funcionarios no tienen el derecho de huelga. Se basa en que el Estado no es un patrono como los demás, al que hay que presionar por la fuerza, sino que dentro de la organización política de aquél existen medios para lograr la solución de los conflictos, sin llegar a la supresión de los servicios. Se argumenta, que el abandono de funciones de un servicio público ocasiona un mal general a toda la población y que el derecho de cada uno no puede llegar a desconocer el derecho de la mayoría o de todos los demás.

Derechos culturales

La expresión derechos culturales es muy reciente como para que pudiera haber sido recogida por nuestras constituciones. Es cierto que modernamente ha tenido un importante desarrollo y que en la Carta de las Naciones Unidas se mencionan expresamente el derecho al libre acceso a las fuentes de cultura y de conocimiento, así como a la participación igualitaria en los distintos medios de difusión cultural (teatro, conciertos, etc.).

No obstante ello, nuestra legislación en general establece el respeto a ese derecho de la igualdad de acceso a las fuentes de cultura, previéndose, con anticipación a muchos otros países del continente y del mundo, la gratuidad de todas las ramas de la enseñanza. Indudablemente este es un punto de partida, no la meta final, pero muy importante, para posibilitar el acceso de todos a las fuentes de cultura.

Nuestra Constitución establece la obligatoriedad de la enseñanza primaria, media e industrial y agraria, como un medio fundamental para que el acceso a este grado del conocimiento, no sea sólo un derecho sino un deber impuesto a todos los ciudadanos con respecto a sus hijos o pupilos.

El artículo 71 establece que se declara de utilidad social la gratuidad de las diversas ramas de la enseñanza, incluyendo la educación artística y física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera y establecimiento de bibliotecas populares.

Pero, como lo hemos dicho, son más explícitas que la norma constitucional las distintas leyes que han ido estableciendo la gratuidad de la enseñanza, que desde 1916 se extendió de la Enseñanza Primaria a la Secundaria y Superior, al suprimirse los derechos de matrícula y examen. La Ley Orgánica de la Universidad, de octubre de 1958, ha culminado dicha gratuidad, al exonerar a todos los estudiantes de los derechos al pago del título, que era el único resabio de la enseñanza paga.

Con el fin de propender a una más amplia difusión de la cultura popular existen diversos organismos públicos y privados. Aquellos, fuera de los Entes de Enseñanza, mencionados en los artículos 204 y siguientes de la Constitución, están dirigidos por el Ministerio de Cultura en lo nacional y por los Intedentes Departamentales en lo municipal.

La seguridad social

Hemos dicho que nuestra Constitución no emplea la expresión seguridad social, no obstante lo cual establece en su artículo 67 el concepto de que "las jubilaciones generales y seguros sociales, se organizarán en forma de garantir a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios, para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente".

Como vemos este artículo contiene, a pesar de que su redacción viene de las Constituciones de 1934 y 1942, conceptos modernos acerca de la seguridad social, cubriendo los diversos riesgos y refiriéndose no sólo a los trabajadores y obreros, sino también a los empleados y patronos.

Siguiendo los principios establecidos en la Constitución y muchas veces anticipándose a esta norma que aparece recién en 1934, tenemos una amplia legislación social que comprende los accidentes de trabajo, las jubilaciones y pensiones, los seguros de enfermedad, desocupación y bolsa de trabajo.

La Constitución de 1967, en esta área, crea el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Banco de Previsión, aunando las Cajas de Jubilaciones y el servicio de la seguridad social.

Otros derechos individuales

La simple lectura del Capítulo II, especialmente de la Sección II de la Constitución, permitirá ver una enumeración más prolija de los derechos individuales que no tratamos en este texto. Nos es imposible referirnos a

todos ellos y para terminar solamente queremos mencionar dos artículos de nuestra Carta fundamental, el 72 y el 332. De ellos resulta que la enumeración hecha por la Constitución de la República de los derechos individuales en primer lugar no es a texto expreso y no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Es decir que aunque determinados derechos (como algunos de los culturales recientemente mencionados por la doctrina) no se establezcan en la Constitución, si ellos resultan de la propia naturaleza de la persona humana, deben entenderse admitidos. Por otro lado, el reconocimiento de los derechos no está sometido a la existencia de una reglamentación por medio de la ley. Sabemos que muchas normas constitucionales necesitan ser reglamentadas por una ley que establezca los detalles de su aplicación. A veces la falta de ley impide que funcione un instituto previsto en la Constitución. Así sucedió con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado por la Constitución de 1934 y que, por falta de ley reglamentaria, no se puso en funcionamiento hasta 1952.

El artículo 332 ha querido evitar que suceda lo mismo con los derechos individuales; ellos son tan importantes y esenciales como para que, establecidos en la Constitución, no necesitan una reglamentación especial para funcionar.

De este estudio podemos concluir que nuestro régimen reconoce con toda amplitud los derechos de la persona humana, colocándolos en la base de nuestra organización jurídica, sin perjuicio de los límites naturales que impone la vida colectiva, cuya organización es absolutamente necesaria para asegurar el goce de esos derechos. Por ello jamás podrá ser estructurada lógicamente, de modo que en vez de reconocerlos los niegue.

Quizá el acto más importante de los últimos tiempos, en ese sentido, ha sido la ratificación de la Convención de Costa Rica.

Derechos Ambientales en el Uruguay

Al igual que en el resto del mundo, nuestro país ha asistido en los últimos años, a un despertar en materia de cuestiones ambientales. Todas las constituciones latinoamericanas que se han reformado en los últimos años, han incorporado artículos referidos a esa materia. Nuestra Constitución no los tiene específicamente. No obstante la doctrina entiende que diversos artículos pueden resultar aplicables al tema. Primeramente, como se explicó más arriba, el art. 72 en cuanto reconoce los derechos inherentes a la persona humana. Pero también el art. 7° en cuanto consagra la protección del derecho a la vida, lo que comprende el derecho a un ambiente sano; el art. 44 en cuanto confiere al Estado la facultad de regular lo concerniente a la salud humana y el deber de todos los habitantes de cuidar su salud, lo que supone un derecho mínimo a la salud ambiental. El art. 54 que consagra el deber de asegurar a obreros y empleados la salud física y moral, etc.

Ultimamente nuestro país ha demostrado preocupación en este sentido. En primer lugar, a través de la creación de un Ministerio especial, el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Y además, a través de la aprobación de Convenios Internacionales y Leyes en la materia. Entre estas últimas, merece destaque la llamada Ley de Protección del Medio Ambiente y Prevención del Impacto Ambiental, de enero de 1994. Esta ley, quizás la primera específica sobre la materia en nuestro país, tiene extraordinaria importancia, pues declara de interés general la protección del medio ambiente, así como la prevención del impacto ambiental, y en su caso la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas. Se define lo que debe considerarse un impacto ambiental nocivo o negativo, incluyendo el daño a la salud, seguridad o calidad de vida de la población, las condiciones estéticas, culturales o sanitarias del medio y la configuración, calidad o diversidad de los recursos naturales. Consagra el deber de toda persona física o jurídica de abstenerse de realizar actos que causen impactos ambientales negativos, y la responsabilidad civil por los perjuicios que se ocasionen (principio el que contamina paga), además de obligar al infractor a adoptar las acciones conducentes a la recomposición. Se somete a la realización **previa** de un estudio de impacto ambiental a ciertas actividades u obras públicas o privadas (carreteras, puentes, aeropuertos, terminales de petróleo, emisarios de líquidos residuales, complejos industriales, agroindustriales y turísticos, proyectos urbanísticos, proyectos en la faja costera, etc.). Otras leyes recientes establecen, por ejemplo, que la instalación en cualquier punto del país de centrales nucleares requiere aprobación legislativa, previo estudio de impacto ambiental.

En suma, a pesar de no tener expresa consagración constitucional, puede decirse de acuerdo al estado actual de evolución de nuestra legislación, que nuestro país ha consagrado, aunque aún no en forma perfecta ni completa, el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano, y al desarrollo sostenible. Seguramente habrá que perfeccionar y complementar la legislación vigente, y sobre todo, tomar las providencias necesarias para hacerla efectiva.

Lecturas recomendadas para esta unidad

A) *Nacionales*

BARBAGELETA, A. L., *Derechos fundamentales.*

KORZENIAK, J., *Curso de Derecho Constitucional 2°.*

REAL, A. R., *Estado de Derecho y humanismo personalista*

CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho público.*

PEREZ PEREZ, A., *Las garantías de los derechos humanos*

DE FERRARI, Francisco, *Los principios de la seguridad social.*

B) *Extranjeras*

BURDEAU, Georges, *Libertades políticas y Derechos sociales.*

DUGUIT, Leon, *Manuel du Droit constitutionnel.*

WALINE, Marcel, *L'individualisme et le Droit.*

SOLER, Sebastián, *Ley, Historia y Libertad.*

BURDEAU, Georges, *Manuel de Droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux.*

GURVITCH, Georges, *La déclaration des droits sociaux.*

UNIDAD X

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL LAS RELACIONES INTERNACIONALES

LA SOCIEDAD INTERNACIONAL. ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAD (ONU). ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) OTROS ORGANISMOS

LA SOCIEDAD INTERNACIONAL. EL DERECHO INTERNACIONAL

La organización de la vida humana colectiva no se limita a cada Estado, sino que trasciende de él. Existen relaciones entre los diversos Estados, entre personas físicas y jurídicas de diversos países, a veces de entidades colectivas con los Estados, etc. Hay, en suma, una sociedad internacional. Este es un hecho tan innegable como la sociedad que existe dentro del Estado, y ha sufrido y sufre una constante evolución, aunque sus etapas se realizan con cierto atraso, respecto de la otra. En la esfera internacional las relaciones son tadavía más primitivas; predomina, en ciertos casos todavía, la ley del más fuerte, la venganza, la violencia (guerra, ocupación, etc.).

Esta sociedad está sometida también a normas. Aun cuando este punto es más discutido y hay quienes lo niegan, podemos decir, que las relaciones internacionales también se regulan por normas morales, religiosas y jurídicas. Es decir que se manifiesta, aunque al principio de manera vaga, la existencia de un sistema jurídico que regule las relaciones entre los Estados.

¿Existiría entonces un Derecho internacional? Creemos poder afirmar que sí, como ya expresamos antes (*supra*, unidad I) aun cuando ese Derecho está en formación, sus etapas están atrasadas con respecto al nacional y todavía está muy lejos de ser perfecto. Pero es indudable, como luego veremos, que se ha producido una evolución, con algunas similitudes a la que se operó en el Derecho interno, que aún prosigue. Así, de la ley del más fuerte -que hace prácticamente imposible crear una verdadera coexistencia- pasamos a otras formas ya jurídicas como la indemnización, el arbitraje... Así nacen las normas, generalmente consuetudinarias y luego organismos internacionales, encargados de dictarlas y aplicarlas.

Objeciones a la existencia de un Derecho internacional

Vemos que si la sociedad internacional es un hecho incontrovertible, no sucede lo mismo con el Derecho Internacional, cuya existencia es negada por muchos autores. Consideran que le faltan a éste los rasgos típicos de una organización jurídica. Especialmente se ha dicho que no puede ser un Derecho, pues, no tiene ni un legislador que dicte normas, ni un juez que resuelva los conflictos por encima de los Estados, ni un gendarme (policía o ejército) que imponga las normas por la fuerza a los que no las cumplen. Sin embargo, estas objeciones no son válidas, como veremos al analizarlas separadamente.

En primer término debemos señalar que la falta de *legislador* no significa ausencia de Derecho. En efecto, hemos visto, como las primeras normas jurídicas han sido consuetudinarias y la figura de un legislador es un fenómeno muy posterior al nacimiento del Derecho.

En el Derecho Internacional la costumbre ha sido, hasta el presente, una importantísima fuente, con sus virtudes y defectos, de la que nacen cantidad de normas jurídicas. También surge un Derecho de los Tratados, especialmente de los multilaterales, que generalmente crean obligaciones sólo entre las partes, pero que también, excepcionalmente, tienen fuerza vinculatoria (aspiran a tenerla) para otras naciones. En la actualidad existe un organismo -la Asamblea General de las Naciones Unidas- que tiende a parecerse a un órgano legislativo. Sus decisiones, aunque no tienen efecto vinculatorio para los Estados no miembros, tienden a convertirse en norma de legislación universal, a medida que la gran mayoría de los Estados del mundo se incorpora a la ONU.

El segundo argumento es la falta de Juez. Es exacto que no existe, en la esfera internacional, una jurisdicción obligatoria, pero no puede negarse que hay órganos judiciales. Como dijimos, la evolución ha sido comparable a la que sufrió el Derecho interno y se ha acelerado en los últimos años. Al principio predominaba la venganza, la justicia por la propia mano, infligiendo un daño al infractor o apoderándose de un bien suyo, como indemnización, en forma similar al sistema de composición (*wergeld*) de las comunidades germanas. A fines del siglo XIX encontramos tribunales de Arbitraje, aunque facultativos y existe en nuestro siglo una Corte Internacional de Justicia creada en 1920, que la Carta de las Naciones Unidas recoge.

No parece aceptable, entonces, esta otra objeción.

En cuanto a la tercera y última -falta de *gendarme*- resulta el argumento esencial de quienes niegan el Derecho Internacional: no hay quien imponga la fuerza que debe existir tras las normas, no puede hablarse, luego, de sanción, ni de coacción.

Frente a esta objeción, debemos señalar, en primer lugar, que existen

una serie de sanciones no coactivas -que no significan el uso de la fuerza- que emplea esta rama del Derecho: la ruptura de relaciones diplomáticas, la interrupción de comunicaciones, el bloqueo pacífico, el no reconocimiento de un nuevo gobierno, etc.

Además, sin desconocer que la falta de organismos que impongan por la fuerza el cumplimiento de las normas internacionales significa un atraso y una falta de perfeccionamiento del Derecho, debemos señalar que esta rama ha sufrido una notable evolución en este sentido. Y todavía tendríamos que expresar que la única esperanza de vivir en un mundo de coexistencia pacífica, que hoy significa tanto como decir de sobrevivir, es que se consolide y progrese este Derecho internacional.

Desde la época en que la guerra individual era la única forma de imponer la fuerza, hasta la actual, aunque han pasado muy pocos años, la evolución es importante. Realmente es una evolución operada prácticamente en nuestro siglo, como veremos enseguida. En la Sociedad de Naciones se incluyen sanciones colectivas de tipo económico, que fueron impuestas alguna vez con éxito bastante grande (aun cuando los defectos de la organización, su falta de universalidad, etc., frustraban sus efectos).

Actualmente, la Carta de las Naciones Unidas faculta al Consejo de Seguridad para imponer sanciones y llevarlas a efecto "por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres" (art. 42). En Corea, Suez y el Congo, se ha empleado la fuerza para imponer las reglas internacionales.

Es cierto que no puede decirse que haya una verdadera policía o ejército (gendarme) internacional, porque como no existe una fuerza permanente al servicio del Consejo (pues aún no se han puesto de acuerdo los Estados miembros en cumplir este principio de la Carta), en los casos mencionados se ha usado del sistema de "recomendaciones" y de la "cooperación voluntaria" de los que prestan sus efectivos para servicio de esta comunidad. Y sabemos que, en el Derecho, están excluidas las "recomendaciones" y la utilización de la fuerza cuando alguien "voluntariamente" presta un ejército.

En definitiva, falta dar muchos pasos hacia el perfeccionamiento del Derecho Internacional, pero negar su existencia, decir que se trata sólo de normas morales, que se cumplen voluntariamente y si no, no queda otra sanción que las del tipo "moral" (repulsa general, arrepentimiento, etc.) es un grave error. Hemos visto y lo confirmaremos al estudiar la ONU, que tenemos una organización jurídica, aun con todos sus defectos, imperfecciones y falta de evolución. Recordemos otra vez que no sólo existe, sino que debe existir y progresar, para prevenir a la Humanidad de la destrucción.

Evolución de la comunidad internacional

Realizamos un breve bosquejo de la forma en que ha ido evolucionando la organización de la comunidad internacional, que nos permitirá ver cómo

hemos avanzado en ese sentido, a pesar del estado de atraso en que, aún hoy, nos encontramos respecto a relaciones internacionales.

Efectivamente, es tan reciente la creación de una verdadera sociedad organizada, son tan nuevos sus organismos, que se justifica plenamente su estado tan poco evolucionado.

Nada similar podemos encontrar en el Mundo Antiguo, ni en la Edad Media. Dice Eduardo Jiménez de Aréchaga, que la existencia de una comunidad internacional organizada, tal como la conocemos y concebimos hoy, requiere dos supuestos básicos: la existencia de una multiplicidad de Estados y que ellos se consideren recíprocamente iguales [1]. Con este punto de partida recién puede organizarse la Sociedad Internacional. Y bien, ambos supuestos faltaron en la antigüedad: cada Estado se consideró superior a los demás. Así sucedió con Egipto, con el pueblo de Israel, que se consideró el elegido, con los griegos que estimaban que todos los demás eran bárbaros, como con los romanos que aspiraban -y llegaron a obtener- la dominación universal.

El propio Aristóteles, en su *Política*, da a entender que los bárbaros estaban destinados, por naturaleza, a ser esclavos de los griegos. Y Roma, pese al maravilloso desarrollo de su sistema de Derecho privado, no pudo, o mejor no quiso, crear otro análogo de Derecho internacional. Cierto es que aparecen otras manifestaciones -muy primitivas y esporádicas- de regulación de relaciones entre los pueblos. Las más de las veces son reglas de carácter religioso, que regulan inclusive la guerra. Así en Roma, la declaración de guerra, iba acompañada de ciertos ritos, como resulta claramente del *jus fetiale* o *jus feciale*. También la religión común de las ciudades griegas, determinó que se introdujeran algunas normas como la de sepultar a los que perecían en combate, no matar a los que se refugiaban en su templo, etc. Y las Ligas Afictiónicas, y en especial la Délfica confirman la existencia de estas relaciones, llegando a crear algunas instituciones como la inmunidad de los embajadores, el rescate de los prisioneros, el juramento de los tratados de paz, etc.

Se trata, sin embargo, de casos aislados, y de normas inconexas, sin vigencia general, ni duradera.

En la Edad Media tampoco se dieron aquellos supuestos. No existieron propiamente "Estados", como ya lo hemos dicho, y por sobre la multiplicidad de autoridades en que se dividió el poder en esta etapa histórica, existió el predominio -a veces no tanto en los hechos, pero sí en la concepción política- del Papado y del Imperio. El Papa, durante casi toda la Edad Media, fue el árbitro supremo en las luchas internacionales de los diversos reinos; las disputas y los tratados se realizaron, casi siempre, bajo su égida. Se le reconoció cierta autoridad para convalidar cambios territoriales, nombramientos de príncipes y tratados internacionales. Recién en el Renacimiento, y luego de la Paz de Westfalia, donde se desatiende la autoridad pontifical, empiezan a aparecer lo que luego serán los diversos Estados europeos, que se colocarán en un pie de igualdad, haciendo posible el surgimiento de la comunidad internacional.

(1) Ver más ampliamente Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*, t. I.

Sin embargo, ésta no nace en la Edad Moderna todavía, pues el equilibrio de poderes no fue balanceado por verdaderos acuerdos internacionales en el que los Estados se reconocieran algunos derechos, sino que, por el contrario, se dieron a una lucha por la hegemonía, siendo lo más característico, la inestabilidad de la situación internacional y la lucha constante. Esta etapa culminará con las luchas napoleónicas, otro intento de dominación universal.

Luego de la derrota de Napoleón, los monarcas van a crear una organización de Estados de carácter oligárquico, que será el embrión de una verdadera Sociedad Internacional. Debemos llegar, pues, a la Epoca Contemporánea y al siglo XIX para encontrarnos con las primeras etapas de esta sociedad.

El grupo de potencias vencedoras del Emperador, con ánimo de afianzar la monarquía, organizan primero la Santa Alizanza (1815) y luego el "Concierto Europeo" (1825). La Santa Alianza, inicialmente con Gran Bretaña, Rusia, Prusia y Austria y luego Francia, representó una forma estructurada, con un estatuto legal, del gobierno de la Comunidad Internacional. Se prevén normas, organismos y sanciones (no reconocimiento, intervención), lo que constituye una organización de tipo jurídico.

El "Concierto Europeo" prevé un sistema de conferencias, reuniones, etc., que van perfeccionando la comunidad. Políticamente se trata de un grupo de Estados que se atribuye a sí mismo el derecho a regir los destinos de Europa (Pentarquía).

El sistema tenía que fracasar por sus propios defectos y por su extrema laxitud. Todavía no habíamos salido del concepto, nacido luego de la Edad Media, de la soberanía absoluta de los Estados, el cual resulta incompatible con la Organización Internacional. Aun predomina el concepto individualista de los Estados que nace en Westfalia.

En el orden interno del Estado se habían realizado importantes reformas tendientes a asegurar su independencia y autonomía y a consolidar su soberanía. Allí donde el feudalismo había creado una multiplicidad de poderes y jerarquías, impidiendo con una red de privilegios la formación de estructuras homogéneas de base nacional, resultaba legítima la tendencia a fortificar el concepto de soberanía. Pero en cambio, ningún esfuerzo se hizo para establecer un verdadero orden jurídico en el plano de las relaciones interestatales. Quizá el mismo impulso que llevó a consolidar la autoridad interna y el poder estatal, impidió la creación de un verdadero Derecho internacional.

A fines del siglo XIX, corresponde señalar como etapa importante, los Pactos de La Haya, que crean el arbitraje en materia internacional y luego la Corte Permanente de Arbitraje (1907), organismo que si bien tiene un carácter facultativo, representa la existencia de un órgano judicial para resolver los conflictos entre los Estados.

Pero es indudable que el antecedente inmediato de la organización actual lo constituye la Sociedad de Naciones.

Sobre la base de un Consejo y una Asamblea -ésta compuesta por todos los miembros con voto igual- se crea esta organización, la más perfecta hasta este momento en la Comunidad Internacional. En ella no participan solamente las grandes potencias, sino también los Estados pequeños, entre ellos el Uruguay, que fue miembro. Se produce, pues, una democratización de la organización internacional.

Aquí ya existe, como vimos, un verdadero Derecho internacional con sus normas, sus sanciones (inclusive el bloqueo económico) y sus organismos (incluyendo la Corte de Justicia).

Como es sabido, esta organización sucumbió ante la Segunda Guerra Mundial. Al no servir para mantener la paz, primera y básica tarea de cualquier comunidad internacional, puede decirse que fracasó. En la nueva organización que estudiaremos ahora, se trataron de evitar algunos inconvenientes del sistema anterior. Indudablemente hubo uno de ellos fundamental: la ausencia en su seno de países de importante gravitación internacional. En primer término, quedaron fuera los países vencidos, en su mayoría; y algunos de ellos, poco tiempo después de la derrota volvían a ser importantes potencias (Alemania). Si a esto agregamos la ausencia de E.E.U.U., que a pesar de impulsar la organización (que se hizo sobre la base de los 14 puntos de Wilson, su presidente), luego no ratificó el tratado (por la posición aislacionista de su Senado), comprendemos cómo esta organización carecía de autoridad mundial como pretendía tener y debía lograr para cumplir sus amplios fines. También era una grave falla, la falta de fuerzas armadas al servicio de la organización.

Así llegamos hasta nuestros días con la Organización de las Naciones Unidas, que es un eslabón en la cadena del progreso de las relaciones internacionales, que se conecta con las que hemos estudiado, tomando de ellas diversos puntos en un esfuerzo de superación.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

Antecedentes

Indiscutiblemente los antecedentes mediatos de la actual organización se encuentran en los organismos estudiados y sus bases están en el Concierto Europeo, los Pactos de La Haya, la Sociedad de Naciones, etc. Se

trata, como hemos visto de todo un proceso evolutivo que culmina, por el momento, en esta nueva organización.

Los antecedentes inmediatos deben buscarse en una serie de pactos o compromisos realizados por los Aliados, durante la guerra. Ya en junio de 1941, es decir en los momentos menos propicios para dicho bando, un conjunto de Estados y varios gobiernos en el exilio, se reunieron en el antiguo Palacio de St. James, en Londres, firmando una declaración que establece, entre otras cosas, que "...la única base cierta de una paz duradera radica en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres que, en un mundo sin la amenaza de la agresión, puedan disfrutar de seguridad económica y social".

Tres meses después -14 de agosto de 1941- el presidente de los Estados Unidos (Roosevelt) y el primer ministro británico (Churchill), expiden una declaración conjunta, reunidos "en algún punto del Atlántico", que por ese motivo se conoce como "La Carta del Atlántico". En ella se declaraba la necesidad de que las Naciones "renuncien al uso de la fuerza" y procuren estructurar una paz duradera que "ofrezca a todas las Naciones los medios para vivir seguras dentro de sus fronteras y que brinde asimismo, a sus habitantes la oportunidad de vivir libres (*free*) de temor y necesidad".

Se perfila en estas declaraciones, lo que va a ser luego contenido esencial de la Organización: eliminar la guerra, pero a la vez y como buscando raíces profundas del mal, promover el progreso de todos los hombres que constituyen la humanidad. Esta cuestión ("seguridad económica y social", "libres de temor y necesidad") que se destacará más que nunca en las Naciones Unidas, como veremos, aparece desde ya, señalando la preocupación por mejorar las condiciones de vida de los pueblos, como base de la nueva Organización internacional.

Al regreso de Churchill a Londres se reúnen 10 gobiernos de los países ocupados en Europa, que apoyan los principios de la Carta, la que suscribe también la Unión Soviética el 24 de setiembre.

Posteriormente, el 1° de enero de 1942, los representantes de Inglaterra, E.E.U.U., Unión Soviética y China, firman un documento -que luego se reconocería como la Declaración de las Naciones Unidas- reafirmando su alianza y el propósito de construir una paz de acuerdo a los principios de la Carta del Atlántico.

Estas cuatro potencias -que eran grandes potencias Aliadas- preparan luego las bases de la estructura de la nueva organización mundial. En ellas, elaboradas en octubre de 1944, en una residencia privada de Washington (Dumbarton Oaks), se prevé la creación de los organismos que luego integrarán la futura Organización (Consejo de Seguridad, Asamblea, Consejo Económico y Social, Corte Internacional de Justicia y Secretaría). Ya encargado de impedir las guerras y suprimir los actos de agresión, para lo cual los Estados miembros debían poner a su servicio fuerzas armadas.

Este principio se consideró como fundamental, por entenderse que la falta de este medio coercitivo, había sido una de las causas del fracaso de la Sociedad de Naciones.

Luego, para aprobar y discutir el proyecto, se convoca la Conferencia de San Francisco, invitando a las 45 Naciones que habían declarado la guerra a Alemania y Japón y suscrito la Declaración de las Naciones Unidas. De allí sale aprobada la Carta, luego de muchísimas polémicas y discusiones, la que fue ratificada por las cinco grandes potencias y la mayoría de los países signatarios (requisito que se había puesto como condición a su vigencia) entrando a regir el 24 de octubre de 1945.

Principios y caracteres de la Organización

La Carta de las Naciones Unidas contiene un Preámbulo y una declaración de propósitos y principios en su iniciación. Se dijo, en San Francisco, que los propósitos eran una meta que se buscaba lograr y los principios normas de conducta.

Resulta el propósito esencial de la organización mantener *la paz y la seguridad internacionales* (art. 1, 1). Sin este principio no puede existir la colectividad organizada jurídicamente. La paz y seguridad constituyen una base sobre la cual puede edificarse toda la estructura; no por ser más importantes que los demás, sino por ser indispensables aparecen al comienzo de la enunciación del artículo 1°. Representan los "fines primarios" de esta organización, como en el Estado lo son el mantenimiento del orden y seguridad.

El Preámbulo menciona también la necesidad de "crear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos" y el artículo 1° se refiere a la solución de los problemas internacionales de carácter "económico, social, cultural o humanitario" y el desarrollo "de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (art. 1, 3).

Como dijimos, en la ONU aparece esta importante finalidad, al lado de la búsqueda de la paz. Se ha dicho que existe un paralelismo entre el mejoramiento de las condiciones de vida de los hombres que habitan el globo y la seguridad internacional. Se trata de crear una organización que no regule las relaciones entre los Estados, sino que se preocupe, como problema de fondo, de la situación de los hombres que viven en ellos, para elevar sus niveles de vida en todos sus aspectos.

Se enuncia como principio "la igualdad soberana" de todos los miembros, no obstante lo cual el sistema orgánico otorga una primacía a las cinco grandes potencias de la época de la constitución de la Organización (E.E.U.U., URSS, China Nacionalista, Inglaterra y Francia) en manos de quienes quedan las decisiones claves, como veremos. Esta situación, que tantas discusiones originó en San Francisco y amenazó con hacer sucumbir

las tratativas, se basa en un concepto realista: reconocer los hechos tal como son. Fue el precio que se pagó por obtener que todas las grandes potencias de esa época entraran en la Organización de las Naciones Unidas. El reconocimiento del gobierno de Pekín como único representante de la República China (1971), excluyendo la presencia del gobierno de Taiwan (China nacionalista) marca otro hecho realista. Corresponde destacar que se logra establecer en la Carta, el derecho a tomar medidas colectivas para prevenir y eliminar amenazas de paz (art. 1.1), previéndose el uso de la fuerza, para lo cual los Estados pondrán a las órdenes del Consejo efectivos militares (art. 45), progreso muy importante como ya destacamos, aun cuando esta obligación no se ha hecho efectiva, por no haberse logrado acuerdo en la forma de cumplirla.

Todavía es remarcable la circunstancia de que las medidas tendientes a cumplir los propósitos de las Naciones Unidas y a preservar la paz y seguridad, pueden ser impuestas inclusive a Estados que no sean miembros de la organización (art. 2,6). Este principio, de discutible aplicación y vigencia, significa la imposición de las normas jurídicas, no sólo a quienes voluntariamente se han sometido a ellas, sino a todos los que sea necesario para imponer un orden internacional.

Por último, cabe señalar que se proscribe el uso de la fuerza en las relaciones entre sus miembros (art. 2, 3 y 2, 4). Esta solución es muy importante, porque hasta ahora los tratados internacionales justificaban la guerra como *última ratio*, como medida suprema a falta de toda otra posibilidad.

Es sabido que existieron muchos teóricos que defendieron la guerra como un fenómeno social, del cual algunos señalaron inclusive sus virtudes. Aun entre quienes la repudiaron como juristas apareció, en cierta época, la teoría de la "guerra justa", concepto que se mantenía hasta nuestro siglo. El Pacto de la Sociedad de Naciones admitía la guerra de un Estado contra otro en algunos casos (cuando un Estado desobedecía un fallo de la Corte de Justicia o un informe unánime del Consejo, etc.). Ahora se proscribe absolutamente entre los Estados no sólo la guerra, sino todo el uso de la fuerza, que es un concepto mucho más amplio. La única que dispone de ella es la colectividad organizada.

Estos son los caracteres generales de la Carta. Veremos ahora su organización.

Organos

Los órganos principales son seis: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría.

Empezaremos por el estudio de la Asamblea, organismo en el que están representados todos los Estados, que tiene una serie de funciones funda-

mentales. No obstante ello, tenemos que destacar que a diferencia de lo que suscede en las organizaciones que conocemos y de las que a menudo formamos parte (asociaciones, gremios, clubes, etc.) en las cuales la Asamblea es soberana y está por encima del Consejo Directivo, en la ONU existe una compleja distribución de competencias entre los dos organismos (Asamblea y Consejo), que impide hacer esa afirmación. Es más, podemos decir, que el órgano que tiene en sus manos las llaves de la organización no es la Asamblea, sino el Consejo de Seguridad.

La Asamblea General

Está formada por todos los países miembros de la Organización. Estos son los 51 signatarios del pacto, más los que han ingresado a propuestas del Consejo, previa aprobación de la Asamblea. En 1985 son ya miembros, todos con iguales derechos, la gran mayoría de los países del mundo.

Cada Estado tiene un voto en la Asamblea, donde puede concurrir con cinco delegados.

Sus decisiones se toman por mayoría, salvo casos especiales que requieren dos tercios de votos.

Es la Asamblea quien elige casi todos los miembros que forman los demás órganos de las Naciones Unidas: los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, todos los miembros del Consejo Económico y Social, los del Consejo de Administración Fiduciaria, el Secretario General. Y por un sistema complejo de votación paralela con el Consejo de Seguridad, también interviene en la elección de los miembros de la Corte de Justicia. Pero, esencialmente, la Asamblea es un órgano deliberante. Puede discutir cualquier asunto o problema incluido en la Carta y hacer recomendaciones sobre los mismos (art. 10). Tiene entonces una competencia muy amplia, sólo limitada por algunas postestades del Consejo de Seguridad. Puede tratar los poderes y funciones de los otros órganos y recibir informes de ellos. Puede también crear órganos auxiliares (como creó la Comisión de Energía Atómica y luego la Comisión de Desarme que asumió las funciones de aquélla).

Tiene además la importante facultad de aprobar el presupuesto de toda la organización y decidir la parte de los gastos que corresponde a cada miembro. Esta cuestión es muy candente en la actualidad, pues la situación económico-financiera de la ONU es muy grave, al negarse algunos países a pagar ciertos gastos (como por ejemplo, los ocasionados con la intervención armada en el Congo, Sinaí, Chipre, Suez) y estar otros atrasados en sus contribuciones.

El Consejo de Seguridad. El derecho de veto

Es el órgano ejecutivo, a quien se atribuye además ciertas funciones propias, importantísimas, que lo hacen clave de la Organización.

Se compone de 15 miembros: 5 permanentes y 10 no permanentes. Los primeros son: URSS, EE.UU., Francia, Inglaterra y China, que tiene su asiento permanente en el Consejo, según lo dispone la Carta. Los otros miembros duran dos años (artículo 23), y son elegidos por la Asamblea. Cada miembro tiene un representante y por consiguiente un voto (art. 23, 3). Sin embargo, los votos de los miembros permanentes tienen un valor especial. En efecto todas las decisiones deben tomarse por el voto afirmativo de 9 miembros incluyendo los 5 permanentes (artículo 27, 3). Es decir que es imprescindible para cualquier decisión que voten todos los miembros permanentes y cuatro de los diez restantes. Esto significa que las 5 grandes naciones tienen un verdadero derecho de *veto* sobre las resoluciones del Consejo. Si cualquiera de ellas se opone, no puede aprobarse la resolución (salvo las cuestiones de procedimiento).

Como el Consejo de Seguridad tiene a su cargo las llaves de la Organización, estas cinco naciones son, a su vez, las que predominan en forma absoluta en ella. En efecto: es el consejo de Seguridad el que tiene a su cargo, como ya dijimos, "la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional" (art. 24). Es él quien tiene derecho a usar la fuerza. La principal misión de las Naciones Unidas, pues, la realiza el Consejo.

Además es éste quien aconseja a la Asamblea la admisión de nuevos miembros, por lo cual el veto de uno de los cinco impide absolutamente la entrada de cualquier nuevo Estado (artículo 4, 2).

Tampoco es posible la reforma de la Carta sin los votos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (art. 108).

Este es el sistema. ¿Qué podemos opinar de él? Indiscutiblemente se presta a la crítica. No corresponde a una organización donde todos los miembros sean iguales, es anti-jurídico e injusto. Va contra el sentido jurídico natural y contra la lógica; resulta difícil justificar que cinco Estados, en una Organización de cientos tengan esos derechos, que les permiten tener todas las llaves del sistema. Resulta más ilógico que un solo Estado con su negativa puede paralizar la acción de todos los otros.

Sin embargo, tiene sus razones que explican el hecho de que se haya aceptado este mecanismo. Frente a la realidad internacional resulta el único medio de que pudieran estar dentro de la mismo Organización los países más poderosos de ese momento. Se entendió que si alguno de esos países (por ejemplo, URSS o Estados Unidos de Norte América) quedaban fuera, todas las esperanzas puestas en las Naciones Unidas no se verían coronadas. Se consideró conveniente que, por lo menos estas naciones rivales, se sentaran alrededor de una mesa, junto a otros Estados a dirimir sus diferencias [2].

(2) Un debate sobre el problema del veto se realizó entre importantes profesores en las Jornadas de Derecho Comparado celebradas en Montevideo (Revista de la Facultad de Derecho, año VI, enero de 1955, págs. 66 y sigts.)

Es cierto que existe una tendencia dentro de la ONU a restringir ese derecho de veto que paraliza a menudo la acción, pero dicha tendencia sólo puede actuar dentro de los límites mencionados. Así, por ejemplo, se ha tratado de ampliar el concepto de "cuestión de procedimiento" porque en ellas no funciona el veto. Además, con motivo de la Guerra de Corea, la V Asamblea dictó una resolución trascendental (llamada Unión Pro Paz) estableciendo que si ante una amenaza manifiesta a la paz o acto de agresión, el Consejo no actúa debido al veto de algunos de sus miembros permanentes, la Asamblea puede hacerse cargo del asunto y "recomendar" que se tomen medidas, incluso el empleo de la fuerza. Y si los Estados aceptan la recomendación y prestan sus fuerzas, la acción se cumple. Así sucedió en Corea, en Suez y en el Congo.

El Consejo Económico y Social

Se compone de 54 miembros que duran tres años -renovables 9 cada año- elegidos por la Asamblea General (art. 61). Cumple una labor esencial en la Organización, cual es la de promover niveles de vida más altos en los pueblos, de acuerdo a la idea de que para obtener una verdadera seguridad internacional, deben mejorarse las condiciones humanas [3].

El propósito esencial, dice la propia Carta, es "crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones..." elevar los "niveles de vida", "lograr trabajo permanente para todos" (art. 55). El Consejo entiende en los asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y otros conexos (art. 62, 1).

---

(3) Decía el Presidente de la UNESCO, el mexicano Jaime TORRES BODET, al respecto: "El ideal de la seguridad colectiva, que había sido el símbolo de la Sociedad de Naciones no parecía ya suficiente a una comunidad desgarrada, ignorante, enferma y empobrecida. O la seguridad colectiva es tan sólo un nombre, que las decisiones políticas pueden aniquilar a cada momento, o se convierte como todos los pueblos la ansían, en una fecunda y espléndida realidad. Y para que la seguridad colectiva llegue a ser realidad debemos pensarla como la suma de todas las otras seguridades: la seguridad de no perecer de hambre; la seguridad de no carecer de escuelas; la seguridad de tener trabajo; la seguridad de poder luchar en condiciones equitativas contra la desnutrición y la ignorancia, contra el desempleo y la enfermedad". (Discurso pronunciado en Roma, el 19 de abril de 1950).

Es evidente que si se empieza por comprobar que vivimos en un mundo en el cual sus dos tercios no saben leer ni escribir y en el cual la mayor parte de la población no consume sino el mínimo de las calorías necesarias para vivir, en el cual una mayoría de seres mueren de enfermedades cuya curación actualmente se ha logrado en las partes más civilizadas y que poseen los medios para ello, comprendemos que para llegar a una organización jurídico-política eficaz debemos empezar por mejorar la base humana de esta comunidad.

Para ello se crean organismos especializados por medio de acuerdos intergubernamentales. Esos organismos son: la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); la Organización Mundial de la Salud (OMS); la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI); el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF); el Fondo Monetario Internacional (FMI); la Unión Postal Universal (UPU); la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT); la Organización Meteorológica Mundial (OMM), etc.

El Consejo de Administración Fiduciaria

La Carta creó un régimen de administración y vigilancia para los territorios no autónomos, que los Estados colocan bajo ese sistema. Aquí también predominó el criterio realista: se reconoce la existencia de países sometidos a otros (colonia, etc.) sin perjuicio de buscar su mejoramiento y el de sus habitantes.

La Carta declara que los miembros que tengan bajo su administración esos territorios "reconocen el principio de que los intereses de sus habitantes están por encima de todo" (art. 73). Se proclama además la obligación de cooperar para que puedan tener un gobierno propio.

En definitiva el movimiento de descolonización cobró impulso y fue respaldado por la Asamblea (Resolución 1514).

La Corte Internacional de Justicia

Uno de los postulados de las Naciones Unidas es "el ajuste y arreglo de las controversias internacionales de conformidad con los principios de justicia y del Derecho internacional" (art. 1, 1), por lo que se proscribe entre ellos el uso de la fuerza, como vimos. La Corte Permanente de Justicia que creó la Sociedad de Naciones en 1920 había funcionado muy bien, y la ONU, con ese modelo establece la Corte Internacional de Justicia. Esta puede resolver no sólo asuntos entre miembros de la Organización, sino también tienen acceso a ella, si lo desean, otros Estados.

El sometimiento a la Corte es voluntario de los Estados. Puede también el Consejo de Seguridad pedirle que emita su opinión en algún asunto. Se compone de 15 miembros elegidos por la Asamblea y el Consejo.

La Secretaría

Habrá un secretario (art. 97) con el correspondiente personal, que ejerce una importantísima función dentro de la Organización. En efecto, dado su carácter permanente y el hecho que actúe en todas las sesiones de todos los organismos estudiados (menos la Corte de Justicia) lo convierte en un personaje fundamental. Por ello es tan difícil el acuerdo para su

elección y se llegó inclusive a proponer designar dos en lugar de uno (la troika propuesta por la URSS). Es elegido por la Asamblea "a recomendación del Consejo de Seguridad".

En *definitiva*, cuando estudiamos la ONU vemos sus defectos, cuando la vemos funcionar, a menudo tememos por su subsistencia, a la luz del Derecho representa un estadio atrasado, frente al progreso de las instituciones internas. En cambio cuando analizamos la evolución histórica apreciamos el sensible progreso que representa esta Organización, prácticamente universal, con sus órganos complejos y sus ramificaciones en todo el mundo y hacia todos los problemas que afectan a la humanidad en general y a sus habitantes.

En todo caso debemos expresar la seguridad de que, aun cuando esta organización sucumba ante una nueva guerra, será éste el único camino posible para la salvación de la Humanidad.

LA ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)

Fuera de la ONU, que es indiscutiblemente la más importante organización internacional, existen otra serie de organismos de muy diverso tipo, generalmente vinculados a aquélla, entre los cuales debemos estudiar, por formar parte de ella el Uruguay, la Organización de Estados Americanos.

Historia

Generalmente se remonta la idea de construir una comunidad organizada entre naciones de América a la inspiración de Simón Bolivar y al Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua de Panamá en 1826.

En 1890 las naciones americanas celebraron, en Washington, la Primer Conferencia Internacional, acordándose crear la Unión Internacional con el único objeto de recoger y distribuir información comercial útil entre los países miembros, para lo cual se instaló en aquella ciudad una oficina comercial permanente.

En 1910 se le ampliaron las atribuciones a dicha oficina a la cual se le dio el nombre de Unión Panamericana.

Periódicamente se celebraban Conferencias Internacionales Americanas y en la IX, que tuvo lugar en 1948 en Bogotá se aprueba la Carta Constitutiva de la OEA, que recoge diversos principios expuestos en dichas conferencias y declaraciones aprobadas por éstas y estructura las bases de la Organización. En ese momento ya se había aprobado la Carta de la ONU.

Por último, y con el fin de fortalecer la organización, se introducen importantes reformas en los Protocolos de Buenos Aires (1971) y Cartagena (1985).

Fines y propósitos

La Carta -que entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951 al alcanzarse los 2/3 de ratificaciones- declara expresamente que sus integrantes están "determinados a preservar la noble empresa que la Humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente...".

Entre su amplia enumeración de fines podemos destacar también el afianzamiento de la paz y seguridad del Continente, así como la promoción del desarrollo económico, social y cultural. Es decir, que al lado de la seguridad se proclama la necesidad de elevar el nivel de vida de los pueblos de América, que se encuentran en gran mayoría en estado de subdesarrollo.

Asimismo se establece como propósito y principio fundamental la organización de la acción solidaria para la defensa y la declaración de que la agresión a un Estado americano constituye también una agresión a todos los demás. Este principio, a instancias de los EE.UU., se aprobó en una de las Conferencias Interamericanas celebradas durante la Guerra Mundial.

También es principio expresamente mencionado la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

Resulta importante destacar los principios establecidos en los incisos a y e del artículo V, que proclaman la existencia del Derecho internacional y el sometimiento a éste. El primero de ellos dice textualmente: "El Derecho internacional es norma de conducta de los Estados y sus relaciones recíprocas". En el inciso *e* se dice: "Los Estados Americanos condenan la guerra de agresión; la victoria no da derechos".

La proclamación de estos principios y el reconocimiento expreso en estos documentos constitutivos de la organización de todo un Continente, de la existencia del Derecho internacional, significan importantes progresos a destacar. Claro que la realidad desmiente muchas veces tales principios y hace pensar con pesimismo, pero es indudable que, en grandes líneas la evolución es indiscutible.

Organismos

De acuerdo a las ideas ya estudiadas y especialmente en este Continente subdesarrollado que no ha progresado económica y socialmente, en los últimos años, se ha querido poner el acento en ese aspecto. Los programas de la OEA han sido muy ambiciosos y en la actualidad se les trata de dar mayor dinámica, pero los resultados no son aún efectivos.

El Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (órgano antes dependiente del antiguo Consejo de la OEA) tiene como finalidad lograr el progreso cultural del Continente, campo en el que también los esfuerzos son muy necesarios, promoviendo la cooperación y

el intercambio educativo, científico, tecnológico y cultural entre los Estados miembros.

El Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, tiene por fin servir de organismo consultivo en los asuntos jurídicos.

La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. El Secretario General es elegido por períodos de cinco años por la Asamblea General.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en la materia, es otro organismo esencial. Su estructura, competencia y procedimiento fue regulada por la Convención Americana de Derechos del Hombre de San José de Costa Rica de 1969. Se trata de una Declaración y una estructura completa de derechos que crea una Comisión Interamericana permanente y una Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a similitud de la Europea (de Estrasburgo), tiene jurisdicción en todos los países del área. Como dijimos uno de los primeros actos del Gobierno Democrático instalado a partir del 1° de marzo de 1985, en Uruguay, fue ratificar la referida Convención.

Llenado el requisito de las ratificaciones la Corte ha comenzado a funcionar.

También está previsto, como organismo de la OEA, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para considerar problemas de carácter urgente. Asimismo se realizan Conferencias Especializadas en forma periódica y para considerar problemas técnicos en diversas áreas. De estas Conferencias, y dependientes del propio Consejo de la OEA, han nacido una serie de Organismos especializados de carácter intergubernamental (Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas, del Niño, Indigenista, de Geografía e Historia, Sanitario, etc.).

OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES. UNIONES REGIONALES

La Comunidad Económica Europea. La Asociación Latinoamericana de Integración. Otros múltiples organismos

Sin perjuicio de las organizaciones estudiadas no hay duda que el aumento de las relaciones internacionales, y la creación de variados organismos constituye una de las características más salientes de nuestra época. Tenemos una complejísima red de relaciones y de organismos que regulan las más diversas cuestiones: alianzas defensivas, uniones aduaneras, ligas, uniones comerciales, monetarias, acuerdos culturales, intercambios científicos, etc.

Inclusive se perfila una tendencia regional en estos órganos: el mundo ya no es de países, sino de regiones.

No cabe duda que es el fenómeno económico el que ha determinado la creación de la mayoría de estos organismos. También, y dentro de ellos, el tema del comercio internacional, la gravitación de las diferencias, especialmente en dicha área, de la separación entre países industrializados y los que no lo son, o entre desarrollados y subdesarrollados (o en vías de desarrollo), el sistema monetario internacional y la crisis generalizada, aparecen como prioritarios en la formación y en la actividad de estos organismos.

Sería imposible, menos en un libro de Introducción al Derecho, abarcar todos, ni siquiera la mayoría de los nuevos Entes que han nacido y nacen constantemente. Fuera de los organismos internacionales más universales que ya estudiamos, citaremos algunos, especialmente los que de alguna manera nos atañen o afectan más directamente.

Independientemente de las alianzas defensivas (ejemplos la del Atlántico Norte: OTAN) nos interesa destacar las uniones de carácter económico. Así nos parece importante citar el GATT, sigla inglesa del llamado "Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio".

La protección entre los gobiernos contra los obstáculos artificiales creados al comercio, fue la idea inicial que dio origen a este Convenio. El acuerdo, firmado en Ginebra, Suiza (donde está la sede permanente) el 30 de octubre de 1947, tuvo propósitos más amplios (se habla entre los fines de "contribuir al mejoramiento de los niveles de vida", "lograr el pleno empleo", "desarrollar la producción y el intercambio de mercancías...") pero en los últimos años se ha hecho especial hincapié en el desarrollo del comercio internacional y la supresión de los obstáculos al mismo (especialmente barreras aduaneras) y también los problemas de los países menos desarrollados. En 1994 se ratifica un nuevo convenio más aperturista.

El GATT agrupa un número vastísimo de países contratantes, los cuales representan más del 80% del comercio mundial. Existen así una serie de convenciones que unen a los países más importantes del comercio del universo, tendientes a suprimir barreras aduaneras, evitar trabas y "papeleo" en el comercio internacional, facilitar envío de muestras, unificar las expresiones y convenciones usadas.

Otro importantísimo organismo, aunque de carácter regional, es la Comunidad Económica Europea (CEE) que tuvo como antecedente la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), esta última creada el 18 de abril de 1951, que realizó una unión entre Francia y Alemania.

La CEE nació como la idea de un simple "mercado común" europeo, pero hoy, a impulsos de resultados económicos promisorios, tiende a convertirse en una verdadera comunidad de naciones. Nace del Tratado de Roma (23 de marzo de 1957) y la compusieron inicialmente Francia, Alemania Occidental, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo. Actualmente con el ingreso de España y Portugal, agrupa prácticamente a todos los países de Europa Occidental.

Nació con la idea de eliminar las barreras aduaneras entre esos países para sus productos, produciéndose en cada uno de ellos aquellas mercaderías para lo que eran más aptos, o existían condiciones más favorables. Pero arrastrados por esos problemas se crea una verdadera "Comunidad", con organismos propios (Consejo, Corte de Justicia, etc.) y convenios sobre intercambio de personas (trabajadores), culturales (inclusive con creación de Universidad Europea), políticos (Parlamento), etc.

Defendida por muchos, criticada por otros esta Comunidad es una realidad internacional. Los países de Europa Occidental primero la criticaron, luego crearon también un mercado común (COMECON).

Latinoamérica, a su vez, ha debido reaccionar y despertar del sueño de la falta de previsión, de planeamiento y unidad y así nace primero la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Por ella se instituye una "Zona de Libre Comercio" en la cual pueden circular, libremente, ciertos productos. Se trata de una liberación progresiva de los impuestos y gravámenes de dichos productos. Se planeó una liberación del 8% anual de los gravámenes para llegar, en 12 años, a la liberación total.

El Tratado se firmó en febrero de 1960 y aun cuando se prorrogó el plazo establecido para la liberalización total del comercio en la región, aun se está muy lejos de conseguir dicho objetivo. Esta circunstancia hizo que en 1980 se revisara el sistema, y aun cuando se mantienen los mismos objetivos, se instrumentaron medidas que si bien son más modestas en sus aspiraciones (favorecer la realización de convenios particulares entre los países miembros, por ejemplo, acuerdos bilaterales o trilaterales) al no requerirse negociar a nivel de todos los Estados miembros existe fundada esperanza que en los hechos se avanzará a un ritmo más acelerado en el proceso de integración latinoamericana. La Asociación después de las reformas del Tratado de Montevideo de 1980 pasó a llamarse Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

El Tratado de Montevideo de 1980 que tiene como objetivo a largo plazo el establecimiento de un mercado común latinoamericano, dispone que la Asociación Latinoamericana de Integración está dirigida por un Comité que es el órgano permanente, con un representante de cada país, la Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, órgano supremo de la Asociación. Su sede es la ciudad de Montevideo.

En el área americana existen además otras organizaciones económicas, siendo la más importante de ellas el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Creado en 1960, el Banco tiene por misión facilitar el desarrollo de los países miembros, mediante la promoción de inversiones de capital público y privado. Su estructura orgánica sigue el modelo de las organizaciones internacionales de financiación: una Asamblea de Gobernadores, un Directorio Ejecutivo y los cargos de Presidente y dos Vicepresidentes. Su oficina principal está en Washington.

También los países de América Latina y del Caribe (con inclusión de Cuba) crearon el Sistema Económico Latinoamericano del que no forman parte los Estados Unidos. El SELA se propone facilitar la cooperación económica regional y coordinar los mecanismos de integración existentes. La Corporación Andina de Fomento y el Grupo Andino son dos organismos económicos latinoamericanos subregionales que tienen como finalidad promover la efectiva integración y desarrollo económico de la sub-región andina (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia). En Centroamérica existe la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) que asimila dentro del sistema, al Mercado Común Centro Americano (MCCA), de modo que la cooperación económica se configura como parte de los esfuerzos por la integración política.

En el Caribe tenemos el Mercado Común y Comunidad del Caribe (CARICOM) que aspira a conseguir una situación avanzada de integración. Dentro del CARICOM se ha establecido la Corporación Financiera del Caribe, en la que participa capital privado. Y con el objeto de facilitar las inversiones en la zona se creó el Banco de Desarrollo del Caribe (El Reino Unido y Canadá son miembros de este Banco y también cuenta con el apoyo de EE.UU.).

Por último en el Continente Africano encontramos la Organización de Estados Africanos (OUA) que es la más importante y representativa de las organizaciones africanas. En el ámbito económico, señalaremos el Banco Africano de Desarrollo encargado de contribuir al desarrollo económico y social de los Estados Miembros.

Entre las organizaciones árabes e islámicas destacamos la Liga de Estados Arabes o Liga Arabe y entre las organizaciones asiáticas y del Pacífico, el Banco Asiático de Desarrollo y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN).

Mercosur

No obstante la mas importante organización desde el punto de vista uruguayo lo constituye el Tratdo que ha creado EL MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, firmado en Asunción entre los cuatro países, el 26 de marzo de 1991, y aprobado en Uruguay por Ley N° 16.196, del 22 de julio de ese año. Según el cual se crea un mercado común entre los cuatro referidos países cuyo funcionamiento se prevé a partir del 1° de enero de 1995. En cuyo seno se encara la libre circulación de bienes, servicios y demás factores productivos. Lo que no obsta a que se prevean excepciones que pueden establecer los países, pero solo dentro de ciertos límites (listas de productos limitadas, período de tiempo también limitado para ir llegando en definitiva a un arancel 0). Además de la eliminación de los derechos aduaneros y las restricciones no arancelarias (como los cupos de importación, por ejemplo) se prevé el establecimiento de un arancel externo común con relación a

terceros Estados. Acuerdo que se alcanzó recientemente, aunque con ciertas excepciones que en su mayoría van hasta el año 2001.

Este tratado significa una verdadera revolución en nuestro país que tiene la posibilidad de acceder a un mercado de más de 180.000.000 de habitantes, pero, a su vez, recibirá los productos sin impuestos (salvo la lista de excepciones) de los cuatro países. Lo que determina una necesaria reconversión industrial, preparación de servicios competitivos, áreas de trabajo modificadas, etc., etc. Para ciertos aspectos el Tratado reconoce diferencias de ritmo a favor de Paraguay y Uruguay como países de menor potencial (art. 6).

En puridad estamos lejos de saber aún el alcance real de esta transformación que es la más importante del siglo en nuestro país y que ya ha determinado una serie de acciones de los cuatro países, incluyendo el haber realizado un frente común ante terceros países (como Estados Unidos).

En estos años que transcurrieron desde la firma del Tratado hasta el 1° de enero de 1995, fecha en la que finalizó prácticamente el programa de desgravación arancelaria, se había previsto además la coordinación de las políticas macroeconómicas de los Estados Partes, objetivo muy difícil de alcanzar, aunque se han registrado algunos avances. Se previó también un sistema de solución de controversias, que alcanzó su concreción en el Protocolo de Brasilia (diciembre de 1991). Este Protocolo prevé un sistema de arbitraje para el caso de incumplimiento por parte de los Estados de las normas comunitarias, y constituye por el momento, quizás, la única nota de supranacionalidad del Tratado, ya que los países acuerdan someterse a la decisión del Tribunal Arbitral.

Los **órganos** del Mercosur son: **el Consejo del Mercado Común**, que es el órgano superior, a quien le corresponde la conducción política y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos del Tratado. El Consejo está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes. Se reúne las veces que lo estime necesario, y al menos una vez al año con la presencia de los Presidentes de los cuatro países. El Consejo adopta "decisiones" que deben ser acatadas, pero actúa por consenso, o sea que para adoptar una decisión debe existir un acuerdo básico de los cuatro países o, al menos, que ninguno de ellos se oponga.

Luego está el **Grupo Mercado Común**, que es el órgano ejecutivo y tiene facultades de iniciativa, siendo sus funciones más importantes velar por el cumplimiento del Tratado y tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo. El Grupo está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país (representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Economía y del Banco Central de cada país). El Grupo Mercado Común cuenta con una **Secretaría Administrativa** que tiene Sede en Montevideo, cuya función es la guarda de documentos y la comunicación de actividades del Grupo.

El Grupo actúa mediante "resoluciones" que, al igual que en el caso del Consejo, son tomadas por consenso.

El Tratado tiene varios anexos: el Anexo I es quizás el más importante, referente al Progama de Liberación Comercial, que ya prácticamente se ha cumplido. El Anexo II establece el llamado Régimen General de Origen. En él se determina cuando un producto puede ser considerado originario de un Estado Parte. No debe olvidarse que la desgravación arancelaria está prevista para los productos originarios de los Estados Partes, con lo cual la determinación de los casos en que un producto debe ser considerado originario de un Estado resulta de fundamental importancia. El Anexo III se refiere a la solución de controversias, pero ya fue sustituido por el Protocolo de Brasilia. El Anexo IV establece la posibilidad de que los Estados apliquen las llamadas cláusulas de salvaguarda. Esto significa que en caso de daño o amenaza de daño grave a su mercado, como consecuencia del aumento sensible de la importación de un producto, se habilita a los Estados, luego de un procedimiento previo, la adopción de una cláusula de salvaguarda para impedir la importación. En todo caso dicha cláusula tendrá una duración de un año, prorrogable por otro. Pero la posibilidad de utilización de estas cláusulas estaba prevista en el Tratado para el período de transición, o sea hasta el 31 de diciembre de 1994, por lo que ya esta posibilidad ha quedado sin efecto. El Anexo V es el que se refiere a la creación de Subgrupos de Trabajo, en las diversas áreas.

A fines de 1994 se adoptaron en la ciudad brasileña de Ouro Preto importantes decisiones y resoluciones en lo que atañe al Mercosur. Fundamentalmente la consagración definitiva de una **Zona de Libre Comercio** entre los cuatro países, o sea la eliminación prácticamente total de todas las trabas del comercio regional, para permitir la libre circulación de bienes. Pero además se establecieron las bases de una **Unión Aduanera**, o sea el compromiso de los cuatro países de dispensar a los productos de fuera de la región un tratamiento aduanero similar; es el llamado Arancel Externo Común. Aunque, debe aclararse, en esta materia existen importantes excepciones, que llegan ahsta el año 2001, y en ciertos casos hasta el 2006.

También se realizaron importantes modificaciones en lo referente a la estructura institucional del Mercosur, entre ellas se le confirió la personería jurídica, y se crearon otros órganos. En primer lugar la llamada **Comisión de Comercio**, con facultades decisorias y con importantes competencias, por ejemplo la de asistir al Grupo Mercado Común, conocer de las reclamaciones de los particulares, etc. Se creó también la **Comisión Parlamentaria Conjunta** con el cometido de promover la incorporación de las normas comunitarias a los derechos internos de los Estados Partes, como así también la armonización legislativa entre ellos. Y finalmente el **Foro Consultivo Económico y Social**, órgano asesor donde tendrán representación los sectores privados de los países. El Protocolo de Ouro Preto, que pasa a ser el acuerdo más importante de todo el sistema, será sometido a la brevedad a la aprobación de los parlamentos de los países, para su posterior ratificación y entrada en vigencia.

Habrá pues que aguardar la evolución, pero en muchos aspectos el Mercosur ya es una realidad, que tiene importantísimas repercusiones en todos los aspectos de la vida nacional.

La instrumentación resulta sumamente compleja, se ha avanzado mucho, pero aún es poco en relación a la tarea a cumplir y es de esperar que los gobiernos presten su apoyo a este trascendente tratado que es como el principio de una unión, de carácter similar al Mercado Común Europeo (CEE) en muchos de cuyos principios se basa.

En todo caso resulta difícil prever los resultados. Solo hay que decir que el camino de la regionalización, por encima de los países, es el moderno, el que predomina en las distintas áreas de nuestro universo actual y no conviene quedar atrás.

Por lo demás Paraguay y Uruguay entran al tratado luego que Argentina y Brasil realizan un acuerdo bilateral que ponen en ejecución por su lado. Entonces la alternativa era clara o entrar o quedar fuera, porque la unión de los dos grandes países estaba hecha y comenzaba a funcionar.

El Parlamento uruguayo ratificó el tratado casi por unanimidad, sólo se contaron unos poquísimos votos en contra.

Conclusiones

Toda esta red de complejas relaciones y organismos internacionales, la mayoría de muy reciente creación, configuran un novísimo panorama en la sociedad mundial. Con todos sus defectos movidos o trabados por los intereses egoistas de los Estados, de los grupos de diverso tipo, sometidos a toda clase de presiones que los desvían de los fines para los cuales fueron creados, de cualquier manera representan una línea de franco progreso.

Como dijimos al principio, esta línea es la única esperanza de la Humanidad y la única lógica a seguir. Aquí también al principio de la individualidad, se agrega el de la sociabilidad; ambos significan una necesidad de la naturaleza humana. Lo mismo que los individuos, los grupos de éstos (llámese familia, Estado, etc.) no pueden convivir sino en una sociedad organizada.

Sólo una observación superficial puede hacer creer que la libertad consiste en ausencia de ley y todo vínculo. Todos sabemos que dentro del Estado la libertad es posible allí donde la ley resulta respetada y está más en peligro cuando más graves y frecuentes son las infracciones a la ley. Análogamente debe reafirmarse el primado de la ley cuando concierne a las relaciones internacionales. La limitación de la soberanía de los Estados aparece entonces como indiscutible. Fundar el Derecho internacional sobre la voluntad autónoma de los Estados significa destronar ese mismo Derecho y quitarle sus más valiosos y nobles fundamentos, dejándolo abandonado a la desventura dinámica del juego de los intereses privados y del egoismo colectivo.

Lecturas recomendadas para esta unidad

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas.*
Curso de Derecho internacional público.

A.B.C. DE LAS NACIONES UNIDAS, Publicación oficial

LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Publicación oficial.

SAADIA, Emiani, *Le marché commun et son combat.*

BAYLTY, Richard, *L'integration économique en Europa.*

VIEIRA, M.A., *Naciones Unidas: Estructura y funcionamiento.*

INDICE

UNIDAD I

EL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO

UNIDAD II

EL DERECHO DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO

UNIDAD III

FUENTES DEL DERECHO

UNIDAD IV

ORDEN JURIDICO

UNIDAD V

APLICACION DEL DERECHO

UNIDAD VI

EL ESTADO

UNIDAD VII

EL GOBIERNO
EL GOBIERNO Y LA ORGANIZACION DEL PODER

UNIDAD VIII

REGIMEN DE GOBIERNO NACIONAL

EL SISTEMA ECONOMICO DEL ESTADO

UNIDAD IX

LOS DERECHOS HUMANOS (1ª Parte)

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL REGIMEN URUGUAYO (2ª Parte)

UNIDAD X

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Se terminó de imprimir en Febrero de 1995,
en Impresos Psicograf s.r.l. - Impresos Garabato,
Maldonado 1033.
Comisión del Papel edición amparada
al Art. 79 ley Nº 13.349.
Dep. Legal Nº 297351/95
Montevideo - Uruguay